„Schuld und Haftung“

insbesondere

bei den Grundpfandrechten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Erich Dümchen

Referendar in Sagan.

Jena,
Gustav Fischer.
1908.

„Schuld und Haftung“

insbesondere

bei den Grundpfandrechten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Erich Dümchen

Referendar in Sagan.

Jena,
Gustav Fischer.
1908.

Gedruckt mit Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Meyer.
Correferent: Prof. Dr. Dahn.

Die vorliegende Dissertation ist der erste Teil der in Iherings Jahrbüchern Bd. 54 erschienenen Abhandlung „Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten. Die Reallasten“.

Frau Rentier Stöckel

in Dankbarkeit und Verehrung

gewidmet.

§ 1.

Die Grundpfandrechte und Reallasten. Ihr Verhältnis zu den Obligationen.

Das BGB. hat zwar den gemeinsamen Ausdruck „Grundpfandrechte" zur Bezeichnung der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden vermieden. Daß es jedoch von einem einheitlichen Grundpfandrechtsbegriff ausgeht [1]), beweist nicht nur das äußerliche Moment, daß es der Regelung der drei Institute einen gemeinsamen Abschnitt mit der Ueberschrift „Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld" gewidmet hat, als vor allem der Umstand, daß es alle drei einheitlich aufgebaut und im engen Anschluß aneinander geregelt hat, und zwar Grundschuld und Rentenschuld überwiegend durch Verweisung auf die für die Hypothek gegebenen Vorschriften (§§ 1192, 1200 BGB.). Gegenüber den gemeinsamen Merkmalen treten die in wenigen Sonderbestimmungen wiedergegebenen Unterschiede zurück. Hat ja auch das Gesetz nicht nur die beliebige vertragsmäßige Umwandlung der einen Grundpfandrechtsart in eine andere gestattet (§§ 1186,

---

1) So auch Planck, Kommentar zum BGB. Bd. 3 Vorbem. 3 zum 8. Abschnitt S. 447; v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, in Fischers Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß 2, 92/93; Gierke, Deutsches Privatrecht 2, 838; Bauer, Die Reallast und die Rentenschuld, Breslauer Diss., S. 51/52.

1198, 1203), sondern sogar die gesetzliche Verwandlung zum mindesten der Hypothek in die Grundschuld vorgesehen (§ 1177).

Auch die Reallasten sind, wenngleich sie in einem besonderen Abschnitt neben den Grundpfandrechten geregelt sind, doch ein diesen nahe verwandtes, wenn nicht wesensgleiches Institut [2]). Hierauf deutet schon die Aehnlichkeit, ja fast wörtliche Uebereinstimmung der gesetzlichen Begriffsbestimmungen in den §§ 1105, 1191. Verschieden ist hier nur die Art der Leistung, dort Entrichtung wiederkehrender Leistungen, hier Zahlung einer Geldsumme. Einen Wesensunterschied kann dies nicht bedingen; können doch auch die Obligationen Leistungen der verschiedensten Art umfassen. Im Einklang hiermit steht die gleichmäßige praktische Ausgestaltung der Reallasten und der Grundpfandrechte. Die vereinzelten Sonderbestimmungen der §§ 1105 ff. sind für die Konstruktion des Rechts unerheblich. Insbesondere gilt dies für § 1108 Abs. 1. Zum Wesen des Rechts kann die persönliche Verhaftung, die hier statuiert wird, schon deshalb nicht gehören, weil sie nicht zwingend ist, vielmehr durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden kann [3]); der erste Entwurf des BGB. freilich hatte noch den entgegengesetzten Standpunkt vertreten [4]), der jedoch dann aufgegeben wurde. In Wirklichkeit ist die persönliche Haftung eine Folge des dinglichen Rechts und dieses nur die Bedingung seiner Entstehung [5]). Solche persönliche, auf Grund eines dinglichen

---

2) So auch Staub im ArchBürgR. 5, 52; Schwind, a. a. O. S. 103 ff.; Bauer, a. a. O. S. 51 f. Angedeutet ist die Verwandtschaft bereits von Stüler in Z. für Gesetzgebung und Rechtspflege 4, 31; Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts S. 242 ff., und Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs S. 49 ff., 74 ff.

3) Planck Bd. 3 Vorbem. 2 vor § 1105 und Erl. 5 § 1105; Gierke, a. a. O. 2, 710/711.

4) Cf. Motive 3, 584.

5) So auch Schwind, a. a. O. S. 126 f.; Planck, Vorbem. vor § 1105.

Rechtsverhältnisses entspringende Obligationen finden sich ja im BGB. mehrfach. Vor allem ist dies im Nachbarrecht der Fall (§§ 905 ff.), und als ein dem Nachbarrecht im Raum verwandtes Verhältnis läßt es sich auffassen, wenn zwei kollidierende Berechtigungen an derselben Sache bestehen, so beim Miteigentum, bei dem Verhältnis des Eigentümers und des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers. Auch hier sind den Rechtsinhabern im Interesse eines ungestörten Nebeneinanderlebens persönliche Verpflichtungen auferlegt (z. B. in §§ 741 ff., 1041, 1218, 1223). Auf ähnlichen Erwägungen beruht die persönliche Verhaftung des Eigentümers bei der Reallast. Um dem Gläubiger die Ausübung seines Rechts zu erleichtern, ist ihm die bequemer und schneller zu handhabende Mobiliarvollstreckung zur Verfügung gestellt; er soll es nicht nötig haben, jedesmal den umständlichen Apparat der Immobiliarvollstreckung in Gang zu setzen. Ebensowenig wie etwa die dem Eigentümer zu Gunsten des Nachbarn oder Miteigentümers obliegenden Verpflichtungen einen Bestandteil des Eigentums ausmachen, gehört die persönliche Haftung als bloße Folge des Reallastrechts in dessen Begriff hinein.

Von der Verschiedenheit der Leistungen abgesehen, sind also Reallasten und Grundpfandrechte ganz gleichgestaltete Gebilde. Im BGB. sind beide als dingliche Rechte konstruiert, und die Theorie hat sich dem fast übereinstimmend gefügt. Dann aber muß dem Berechtigten an dem Grundstück eine unmittelbare rechtliche Herrschaft zustehen, wie dies bei jedem anderen dinglichen Rechte der Fall ist. Der Begriff einer besonderen, dem römischen Recht unbekannten „deutschrechtlichen Dinglichkeit“ 6)

6) Wie sie vertreten wird von Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 35 ff.; Regelsberger, Bayerisches Hypothekenrecht[3] S. 33; Häberlin in Z. für deutsches Recht 18, 147 ff.

ist zu verwerfen [7]). Und in der Tat hat der Gläubiger Machtbefugnisse, die ihm einen bestimmenden Einfluß auf das rechtliche Schicksal des Grundstückes sichern und sich als ein dingliches Verwertungsrecht charakterisieren. Zu ihrer vollen Geltung freilich kommen sie erst in der Zwangsvollstreckung. Nun aber kommt es hierzu in der Mehrzahl der Fälle gar nicht; vielmehr wird die Vollstreckung durch freiwillige Entrichtung der Pfandschuldsumme und der Reallastleistungen abgewendet. Dies entspricht auch den Absichten der Parteien, die Zahlungen, aber keine Zwangsversteigerungen wollen, und der Auffassung des Verkehrslebens, das in der Vollstreckung einen regelwidrigen krankhaften Zustand sieht [8]). Und hiermit decken sich die Ziele, die die Gesetzgebung verfolgt hat. Sie hat die Institute geschaffen zu dem ausdrücklichen Zweck, freiwillige Zahlungen herbeizuführen oder doch zu sichern. Möglich wäre es, daß das Gesetz dieser Zweckbestimmung lediglich durch eine entsprechende Ausgestaltung des dinglichen Verwertungsrechts entsprochen hätte. Die Leistung wäre dann rechtlich nur ein Endigungsgrund des dinglichen Rechts, oder mit anderen Worten, der Eigentümer wäre zur Leistung zwar nicht verpflichtet, wohl aber wäre er berechtigt, durch sie die volle Durchführung des dinglichen Rechts zu verhindern. Allein weit näher liegt eine andere Konstruktion. Das Gesetz könnte doch seinem Willen, in erster Linie solle der Eigentümer zahlen und nur für den äußersten Notfall solle es zur Zwangsvollstreckung kommen und damit das Verwertungsrecht in Erscheinung treten, unmittelbaren rechtlichen Ausdruck gegeben haben. Es hätte den Satz „der Eigentümer solle leisten" zum Rechtssatz erheben, mithin an den Eigentümer einen rechtlichen Imperativ richten,

---

7) Cf. Sohm, Natur und Geschichte der modernen Hypothek, in GrünhutsZ. 5, 35; Rudolph im ArchCivPrax. 67, 249 ff.

8) Schwind, a. a. O. S. 129 ff.; Staub im ArchBürgR. 5, 40 ff.

ihn zur Leistung verpflichten können. Eine primäre Leistungspflicht träte dann neben oder vielmehr vor das dingliche Recht, und dieses wäre nur ein subsidiäres, zur Sicherung des Leistensollens bestimmtes Hilfsmittel, von dem nur in Notfall Gebrauch zu machen wäre. Folge der Nichterfüllung des Leistungsgebotes wäre die Durchführung des dinglichen Verwertungsrechts. Bedenken bestünden gegen diese Konstruktion nur, wenn man jede privatrechtliche Leistungspflicht unter den Gesichtspunkt der Obligation als der durch Klage und Zwangsvollstreckung geschützten und dadurch erzwingbar gemachten Verbindlichkeit bringt und annimmt, daß Pflicht und Zwang begrifflich voneinander untrennbar seien; denn wie könnte dasselbe Recht zugleich obligatorisch und dinglich sein. Allein bereits das BGB. kennt rechtliche Verpflichtungen, an deren Nichtbeobachtung nicht wie bei den Obligationen Klage und Vollstreckung gegen die Person und das Vermögen, sondern andere Rechtsnachteile geknüpft sind; zu erwähnen wäre beispielsweise die dem Erben obliegende Verpflichtung zur Errichtung des Nachlaßverzeichnisses, die Pflicht des Gewaltinhabers aus § 1640 BGB., das Vermögen des Kindes zu verzeichnen, das Verlöbnis, die Pflichten des Vorstandes eines Vereins (§§ 37, 42, 59, 67 ꝛc.), des Vormundes, des Mitgliedes eines Familienrats, die Verpflichtungen in den §§ 384 Abs. 2, 456, 545 BGB.; nur angedeutet seien die mannigfachen Folgen, die anf sonstigen Rechtsgebieten, namentlich im öffentlichen Recht für den Fall des Ungehorsams gegen Rechtsgebote angedroht sind. Schon deshalb, weil die Zwangsmittel, deren sich das Gesetz zur Sicherung seiner Imperative bedient, durchaus verschiedener Natur sein können, müssen sie begrifflich von der Rechtspflicht gesondert werden. Warum sollte es da nicht theoretisch möglich sein, daß als Zwangsmittel ein dingliches Recht verwendet wird, dessen Geltendmachung dazu bestimmt ist,

die Nichtbefolgung des Leistungsgebotes zu ahnden und zu ersetzen?

Die Frage nun, ob sich die Grundpfandrechte und Reallasten in einem dinglichen Verwertungsrechte erschöpfen oder ob sie zusammengesetzte Gebilde sind, bestehend aus dem dinglichen Recht und einer primären Leistungspflicht, muß für das moderne Recht zugunsten der zweiten Alternative entschieden werden. Hierauf deuten schon die Begriffsbestimmungen der §§ 1105, 1113, 1191, 1199. Denn fast stets gibt die Wendung „es ist cum inf." einen Rechtsimperativ, eine Norm wieder. Auch die sonstige Ausdrucksweise läßt deutlich erkennen, daß der Eigentümer zur Leistung nicht bloß berechtigt, sondern verpflichtet sein soll. Ich weise hin auf die Wendungen „Gläubiger", „Schuldner", „Verzug", „Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann" (§§ 1070, 1073, 1275), „die Zahlung hat zu erfolgen" (§ 1194), „das Kapital wird fällig" (§ 1193), „der Anspruch auf die einzelne Leistung" (§ 1111 Abs. 2). Bloße Ausdrücke würden ja schließlich nicht viel beweisen. Aber ihnen entspricht auch die rechtliche Ausgestaltung. Die Institute des Obligationenrechts, die alle eine persönliche Leistungspflicht voraussetzen, die Regelung der Erfüllung und der Erfüllungssurrogate, Verzinslichkeit, Fälligkeit, Kündigung, Verzug, Einrede 2c. sind sämtlich auf das Verhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer unverändert übertragen [9]). Es müßte sonst geradezu eine Leistungspflicht des Eigentümers fingiert werden, wollte man diese Uebertragung obligationenrechtlicher Elemente rechtfertigen. Denn wie könnte z. B. der Eigentümer in Verzug geraten, wie könnte er das Unterlassen der Leistung zu vertreten haben, wenn er nicht als zur Leistung

9) Wendt in IheringsJ. 29, 98 ff.; Staub im ArchBürgR. 5 S. 37 ff., 40 ff.; Puntschart, Der Grundschuldbegriff (Gratz 1900) S. 30; Schwind, a. a. O. S. 106 ff.

verpflichtet zu denken wäre. Diese Fiktion aber würde, statt eine Vereinfachung der Darstellung und des juristischen Denkens zu ermöglichen, wie es ihr Zweck erforderte[10]), geradezu eine Erschwerung der gesetzgeberischen Sprache und der juristischen Vorstellung bedeuten. Die Gesetzgebung hätte es ja in der Hand gehabt, das rechtliche Verhältnis, das fingiert werden müßte, unmittelbar zu schaffen, weshalb da der Umweg der Fiktion? Ferner, würde keine Leistungspflicht bestehen, sondern nur das dingliche Verwertungsrecht, so müßte sich das Grundpfandrecht in der Mehrzahl der Fälle, nämlich stets dann, wenn freiwillig geleistet wird, gar nicht so verwirklichen, wie es sein Inhalt erforderte, es würde dem Gläubiger geradezu verloren gehen, bevor dieser es voll ausüben konnte, und doch würde er alles erhalten haben, was er erhalten sollte und wollte[11]). Ist aber in Wirklichkeit das dingliche Recht nur als ein subsidiäres, zur Sicherung der Leistungspflicht bestimmtes Hilfsmittel gewollt, so ist es der einfachste Weg, es auch rechtlich so zu konstruieren, es also an ein primäres Leistensollen anzuknüpfen. Diese Gestaltung ist rechtlich möglich, sie ist die einfachste Form, um den gesetzgeberischen Willen zu verwirklichen, und vor allem, sie entspricht dem Volksbewußtsein und den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs. Nach allgemeiner volkstümlicher Auffassung erfüllt der Eigentümer, mag er zugleich persönlicher Schuldner sein oder nicht, wenn er leistet, nur seine Pflicht und Schuldigkeit; der Gedanke, daß er von einer rechtlichen Befugnis Gebrauch mache, liegt ihr fern. Die Motive meinen freilich, der Gesetzgeber brauche sich um solche laienhaften Vorurteile nicht zu kümmern. Gewiß mag der

10) O. Fischer, Recht und Rechtsschutz, in Bekker und Fischers Beiträgen Heft 6 S. 24; Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe S. 86.

11) v. Schwind, a. a. O. S. 129 ff.

Gesetzgeber berechtigt sein, seine eigenen Wege einzuschlagen. Allein bedenklich wäre es, wenn er sich ohne Not mit dem Volksbewußtsein in Widerspruch setzen wollte, und zwar selbst dann, wo die naive volkstümliche Anschauung möglich ist und sich mit seinen eigenen Zielen deckt[12]).

Mögen also auch die Grundschulden und Reallasten von einem außerhalb stehenden persönlichen Schuldverhältnis unabhängig sein, so ist doch in ihren rechtlichen Inhalt eine neben dem dinglichen Recht stehende Leistungspflicht aufzunehmen. Beim Mobiliarpfand erübrigte sich dies. Denn dieses ist schon seiner Natur nach von einer persönlichen Obligation abhängig. Auch ist hier das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger nicht im Sinne einer rechtlichen Verpflichtung geregelt und wird auch so nicht von der Verkehrsanschauung aufgefaßt. Anders die Hypothek. Hier ist das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger unabhängig davon, ob jener persönlich obligiert ist, als selbständige Verpflichtung, als „Pfandschuld" normiert, die neben das persönliche Schuldverhältnis tritt[13]). Wenn auch Inhalt und Umfang der persönlichen Obligation in der Regel zugleich die Pfandschuld bestimmen, so hat doch die letztere eine gewisse Selbständigkeit. Kündigung und Verzug treffen jedes Verpflichtungsverhältnis besonders. Die Beweislast ist verschieden geregelt. Die Hypothek kann selbständig eingeklagt werden, ohne daß daneben das persönliche Schuldverhältnis geltend gemacht zu werden braucht. Auch können die Einreden für jedes Verhältnis verschieden sein. Vor allem aber kann sich unter

---

12) Cf. Gierke, Entwurf S. 371; Staub im ArchBürgR. 5, 40 ff.

13) So auch Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 3 § 222; Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht S. 289; Hachenburg, Beiträge S. 104 f.; Gierke, Deutsches Privatrecht 2 S. 843, 880; zweifelnd v. Schwind, a. a. O. S. 139 ff.

dem Einfluß des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs die Pfandschuld ganz abweichend vom persönlichen Schuldverhältnis gestalten. Schließlich ist die Abhängigkeit eine weit lockerere als beim Mobiliarpfand; die gesicherte Obligation kann ausgetauscht werden; auch kann die Verbindung durch vertragliche oder gesetzliche Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld völlig gelöst werden. Diese Selbständigkeit der Hypothek rechtfertigt es, wenn das Reichsgericht Bd. 63 S. 179 ff. die Bestellung einer Hypothek für eine unsittliche Forderung trotz Nichtigkeit der Obligation für gültig erklärt, falls dem Besteller gleichfalls ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt (§ 817 BGB.). Beim Mobiliarpfand hätte die Entscheidung umgekehrt ausfallen müssen, da dieses zu einer persönlichen Obligation streng akzessorisch ist, mithin begrifflich deren Vorhandensein voraussetzt.

Bei sämtlichen Grundpfandrechten und bei den Reallasten steht also neben dem dinglichen Recht eine primäre Leistungspflicht des Eigentümers, die bei der Hypothek in der Regel von einer persönlichen Obligation abhängig, im übrigen aber selbständig ist.

Es liegt nahe, die entsprechende Scheidung auch für die Obligationen durchzuführen. Weshalb sollten diese eine Ausnahme machen, wenn es an sich rechtlich zulässig ist, den Rechtsbefehl bezw. die diesem korrespondierende rechtliche Pflicht und das zur Sicherung bestimmte Zwangsmittel begrifflich zu sondern? Damit aber ergeben sich als begriffliche Bestandteile der Obligation die persönliche Leistungspflicht des Schuldners und andererseits eine Zugriffsmacht des Gläubigers, die sich vorzugsweise gegen Hab und Gut, unter Umständen auch gegen die persönliche Freiheit des Schuldners richtet und durch Klage und Zwangsvollstreckung geltend gemacht wird.

Sofort erhellt die Verwandtschaft mit den Grundpfandrechten und Reallasten. Gemeinsam ist ihnen der Begriff der

Leistungspflicht. An sich geht diese, wie jede andere Rechtspflicht, auf einen rechtlichen Imperativ, eine Rechtsnorm zurück. Nun kennt das BGB. Imperative und ihnen entsprechende Pflichten der verschiedensten Art, z. B. die Pflichten des Vereinsvorstandes, des Registerrichters, des Inhabers der elterlichen Gewalt, des Vormundes, des Vormundschaftsrichters, des mit einer Auflage Beschwerten ꝛc. Unter diesen hebt sich aber das Leistungsgebot, das bei den Obligationen sowohl wie bei den Grundpfandrechten und Reallasten an den Schuldner ergeht, dadurch hervor, daß es, obwohl es wie jede andere Rechtsnorm vom Staate ausgeht, doch völlig in den Dienst des Gläubigers gestellt ist. Diesem ist die unbeschränkte Herrschaft über die Substanz des gesetzgeberischen Leistensollens eingeräumt, die Macht und die Befugnis, seinen Inhalt beliebig durch Stundung, Erlaß, Annahme der Erfüllung ꝛc. zu modifizieren. Aus der Rechtsnorm des Staates ist geradezu eine vom Staat anerkannte und geschützte Privatnorm des Gläubigers geworden[14]. Sein Wille ist maßgebend für das Schicksal des Leistensollens, das aber heißt nichts anderes, als ihm ist eine private Willensmacht, ein subjektives Recht gewährt. Dieses in den Dienst des Gläubigers gestellte und dessen Beherrschung unterworfene Leistensollen bezeichnen wir im Anschluß an altgermanische Rechtsgedanken als „Schuld“[15].

Die Gemeinsamkeit des Begriffes der Schuld ergibt die

---

14) Cf. auch Scheurl in KrVJSchr. 18, 494 ff., insbes. S. 495: „In der Obligation erhalte das Subjekt die rechtliche Macht, seinen Einzelwillen wie eine Rechtsnorm geltend zu machen.“

15) „Schuld“ abzuleiten von scal sollen und dem Suffix di, das den Zustand bezeichnet: cf. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht 1, 32 ff.; P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des Sächsischen Rechts im Mittelalter S. 101 f. Ueber den Begriff der Schuld vergl. Amira Bd. 1 S. 39; Bd. 2 S. 65 ff.; Puntschart, a. a. O. S. 99 ff.; Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts S. 13 ff.

praktische Folgerung, daß alle Rechtssätze des Obligationenrechts über Inhalt und Umfang des Leistensollens, also diejenigen, welche die Fragen beantworten, ob, wie, wann, wo und was zu leisten ist, auch auf die Grundschulden und Reallasten zu übertragen sind, soweit nicht besondere Gründe, insbesondere die Einrichtung des Grundbuches die Anwendung ausschließen. Auch die Motive konnten sich dieser Einsicht nicht verschließen; Bd. 3 S. 780 erkennen sie an, daß sich vielleicht ohne weiteres die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die persönlichen Schulden auf die Grundschulden ergäbe.

Den Obligationen und den Grundpfandrechten mit den Reallasten ist es ferner eigentümlich, daß dem Gläubiger zur Sicherung des Leistensollens eine Zugriffsmacht gewährt ist, um die Leistung nach Möglichkeit zu erzwingen und, falls der Zwang versagen sollte, zu ersetzen. Ihre Geltendmachung weist, wie die Regelung der Immobiliarvollstreckung dartut, große Aehnlichkeit auf. Nur der Gegenstand, gegen den sich der Zugriff richtet, ist ein anderer. Dort ist es die Person mit ihrem Vermögen, die einsteht, hier ein bestimmtes Grundstück. Mag nun aber auch das Rechtsobjekt verschieden sein, die gleichmäßige Struktur der Rechte, ihre homogene Ausgestaltung rechtfertigt eine einheitliche Bezeichnung. Und als solche eignet sich wie kein anderer Ausdruck der von Brinz in die Wissenschaft eingeführte Begriff der „Haftung" [16], der plastisch und anschaulich das eigentümliche Wesen der Rechte widergibt und zugleich an altgermanische Rechtsanschauungen anknüpft [17].

---

16) Brinz, Pandekten 2, 1 ff. und in Grünhuts Z. 1, 11 ff. Schon früher ist das Wort vereinzelt angewandt worden, so Büchel, Zivilrechtliche Erörterungen Nr. 2 S. 16; Anhang II S. 268; Hunger in den Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik (1835) S. 182 f.; Heusler, Institutionen 2, 225, freilich bis auf Hunger nur im Sinne von Verpflichtung.

17) Cf. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, und P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis.

Die Scheidung von Schuld und Haftung als begrifflicher Bestandteile der Grundpfandrechte und der Reallasten ist erst ein Ergebnis der modernen Jurisprudenz. Das frühere Recht kannte als alleinige Grundpfandrechtsform die Hypothek und bildete diese entsprechend dem Mobiliarpfande als ein streng akzessorisches Recht aus. Die Reallasten hatten sich zwar aus dem deutschen Recht hinübergerettet, wurden aber schon aus politischen und sozialen Gründen lebhaft befehdet, und ihr Begriff wurde der Gegenstand der erbittertsten Kontroverse, indem man sie mit Gewalt in eine der beiden Begriffskategorien der Dinglichkeit und der Obligation völlig hineinzupressen und dies auf die mannigfaltigste Weise zu rechtfertigen suchte [18]). Akut wurde die Frage nach dem Wesen des Grundpfandrechts, als Preußen sich dem Vorgange von Mecklenburg (revidierte Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Okt. 1848 und revidierte Stadtbuchordnung vom 21. Dez. 1857) und Hamburg (Gesetz vom 4. Dez. 1868) anschloß und durch die Gesetzgebung von 1872 in der Grundschuld den selbständigen, von der persönlichen Obligation unabhängigen Pfandrechtstypus schuf, den dann das BGB. übernommen hat. Zum Teil faßt man sie als selbständiges Verwertungsrecht auf, also lediglich als das dingliche Recht, durch die Zwangsvollstreckung über das Eigentum zu verfügen [19]). Keinen wesentlichen Unterschied bedeutet die

18) Cf. hierüber Gierke 2, 703 ff.; Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts [3] Bd. 2, 2 S. 49 ff.; Bauer, Die Reallast und die Rentenschuld, Breslauer Diss., S. 44 ff.

19) Zuerst Bremer, Hypothek und Grundschuld (1869) S. 53 ff. Hierhin zu zählen sind Unger, Oesterreichisches Privatrecht Bd. 1 § 517 Anm. 25; Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 52 ff., und im Arch.-CivPrax. 91, 155 ff.; Kühnast, Untersuchungen des Grundschuldbegriffes S. 48 ff, 67 ff.; Planck, Vorbem. 3, 447.

Cf. im übrigen die Literaturnachweise bei Roth, Deutsches Privatrecht 3, 530 ff.; Gierke Bd. 2 S. 852 Anm. 6, und S. 854 Anm. 12, und P. Puntschart, Grundschuldbegriff S. 35 ff.

Meinung, die den Eigentümer als zur Duldung verpflichtet erachtet[20]). Denn hier handelt es sich nicht um eine selbständige Leistungspflicht, sondern um einen selbstverständlichen Ausfluß des dinglichen Rechts; es ist nur die praktische Anwendung des Rechtssatzes, daß der Eigentümer dem begrenzten Recht an der Sache weichen und dessen Ausübung sich gefallen lassen muß[21]). Eine Annäherung an das Obligationenrecht hinwiederum bedeutete die Theorie der Realobligation. Eine ältere Theorie, die jedes Pfandrecht als Verpflichtung der Sache (rei obligatio) bezw. als Forderungsrecht gegen die Sache auffaßte[22]), ist heute allgemein aufgegeben. Die Anhänger der modernen Realobligationstheorie sehen in den Grundpfandrechten beschränkte Verpflichtungen des Eigentümers, dingliche Pfandforderungen, charakterisiert durch ihre beschränkte Exequierbarkeit[23]). Die spätere Entwickelung dieser Lehre führte zu

---

20) Krech, Die Rechte an Grundstücken in Bekker und Fischers Beitr. Heft 14 S. 109 ff.; Roth, a. a. O. S. 521 ff.; Engelmann, Neumann, früher auch Staub. Cf. im übrigen die bei Gierke und Puntschart Zitierten.

21) Puntschart, Grundschuldbegriff S. 84 ff.; Lenel, Exzeptionen S. 8. Nur im Ergebnis stimmt H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht (1906) S. 35 ff. überein; auch er leugnet die Selbständigkeit der Duldungspflicht, aber nur deshalb, weil sie aus dem Unterworfensein unter die Staatsgewalt folge.

22) Vertreten wurde sie namentlich von Riedel in Hugos zivilistischem Magazin Bd. 1 Nr. 3 S. 116 ff.; Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession[3] (1836) S. 14 ff., vor allem Büchel, Zivilrechtliche Erörterungen Bd. 1 Nr. 2 S. 1 ff.; auch Vangerow, Pandekten Bd. 1 § 363 Anm. 2, stand ihr nahe. Aehnliche Anschauungen vertraten Duncker, Die Lehre von den Reallasten (1837) für die Reallasten, und Tschierpe, Erörterungen zur mecklenburgischen revidierten Hypothekenordnung, für die mecklenburgische Hypothek.

23) Zu ihnen gehören v. Meibom in Bekker und Muthers Jahrbüchern des gemeinen Rechts 4 S. 442 ff., 490, und Mecklenburgisches Hypothekenrecht §§ 5, 13 unter Anlehnung an das altdeutsche Recht; Bähr in KrVJSchr. 30, 518 ff., und ArchBürgR. 2, 150 ff. unter Anlehnung

immer schärferer Sonderung der verschiedenen in der Grundschuld steckenden Elemente, der Leistungspflicht und der Haftung, die freilich zunächst noch als beschränkte Personenhaftung verstanden wurde[24]). Unabhängig hiervon sind selbständig zur Erkenntnis des neben dem dinglichen Rechte stehenden Leistensollens Hartmann, Förster und ihm anschließend Jäckel gelangt[25]). Von den Anhängern der Realobligation stehen am nächsten der hier vertretenen Auffassung Lehmann und vor allem Staub[26]).

Was die Obligation anlangt, so hält die herrschende Meinung an einem einheitlichen Begriffe fest, und zwar unter schärferer Betonung der Leistungspflicht im Sinne einer erzwingbaren Verpflichtung. Im Gegensatz zu ihr hat Brinz die Haftung vorgeschoben und in ihr auch die Leistung als Bestandteil aufgenommen[27]). Hin und wieder ist freilich die Verschiedenheit beider Begriffsmomente erkannt und hervorgehoben worden, so von Hartmann, Steinlechner und

---

an das römische Recht; ferner Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht[3] § 10; Sohm in GrünhutsZ. 5, 1 ff.; O. Fischer in Bekker und Fischers Beiträgen Heft 6 S. 91 ff.; O. Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts §§ 40, 41; Cosack, Bürgerl. Recht §§ 221, 241; Fuchs, Grundbuchrecht 1 S. 373 ff., 467 ff., und neuerdings Siber in JheringsJ. 50, 55 ff.

24) Vor allem Cosack a. a. O.

25) Hartmann, Die Obligation (Erlangen 1875) S. 40; Förster, Grundbuchrecht S. 135 ff.; Jäckel in GruchotsBeitr. 18, 558; Achilles-Strecker, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht S. 122 f.

26) Lehmann in Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht Bd. 2, 2 S. 62, 164 ff., 173, 264 f., und in Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht[2] 3, 257 ff.; Staub im ArchBürgR. 5, S. 36 ff., 42, 52.

27) Brinz, Pandekten 2, 7 ff., und in den Göttinger Gelehrten Anzeigen S. 513 ff.; gegen ihn Rümelin im ArchCivPrax. 68, 157 ff.

vor allem Rümelin, aber nur gelegentlich und ohne nähere Untersuchung ihrer rechtlichen Struktur[28]).

Das Verdienst, die altgermanischen Begriffe der Schuld und Haftung ans Licht gezogen und systematisch behandelt zu haben, gebührt den Forschungen v. Amiras[29]) über das nordgermanische und Puntscharts[30]) über das mittelalterlich-sächsische Recht. Für das moderne Recht hat sie als erster Puntschart nutzbar gemacht[31]), indem er sie der Begriffsbestimmung der Grundschuld zugrunde legte. Ihm haben sich angeschlossen Dernburg, v. Schwind, Isay und Bruck[32]), und zwar Schwind unter Verwertung der gewonnenen Ergebnisse auch für die Hypothek und die Reallast. Die Anwendung für den modernen Obligationsbegriff freilich ist bisher nur vereinzelt angeregt, aber nicht konsequent durchgeführt worden[33]).

---

28) Hartmann, a. a. O. S. 118, 31, 37; Steinlechner in GrünhutsZ. 3, 720; Rümelin, a. a. O. S. 157 ff., insbes. S. 167.

29) v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. 1, 1882; Bd. 2, 1895.

30) P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des Sächsischen Rechts im Mittelalter, 1896.

31) P. Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts in Gesetz und Literatur, Gratz 1900; gegen ihn Predari in ZHR. 51, 618 ff.

32) Dernburg, Bürgerliches Recht 3 S. 677, 689; v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß 2 S. 1 ff., 129 ff. (ähnlich schon in IheringsJ. 33, 121 ff. für die Reallast); Isay in IheringsJ. 48, 187 ff., insbes. 197; Bruck, Die Eigentümerhypothek, in Fischers Abhandlungen Bd. 10 Heft 2 S. 144 ff.

33) v. Schwind, a. a. O. S. 1 ff., 131, 138; Pappenheim in ZHR. 47, 142 ff.; Isay, a. a. O. S. 187 ff.; Bekker in IheringsJ. 49, 51 ff.; auch Staudinger, Kommentar, Erl. 2 § 194.

§ 2.
Begriff der Schuld.

„Schuld ist das Leistensollen, das Erfüllensollen in dem Sinne, daß es dem Schuldner rechtlich zukommt, es ihm rechtlich bestimmt wird, den Schuldvertrag zu erfüllen“[1]). Sie ist ein rechtlicher Befehl. Der Wille des Staates wendet sich an den Willen des einzelnen Rechtsgenossen, um diesen zu einer bestimmten Willensbetätigung zu veranlassen. Stets ist also als Befehlsempfänger ein Willensträger erforderlich[2]). Die Verpflichtung einer Sache, insbesondere eines Grundstückes ist undenkbar[3]). Ebensowenig ist es möglich, von der Person des Schuldners zu abstrahieren. Der Satz „es soll geleistet werden“ wäre nur ein frommer Wunsch, aber kein rechtlicher Befehl. Auch setzen die für den Umfang des Leistensollens erheblichen Tatsachen, wie Verschulden, Verzug, Unmöglichkeit, Kündigung, einen bestimmten Schuldner voraus, in dessen Person sie sich verwirklichen. Abzulehnen ist es daher, wenn Hartmann zwar annimmt, daß in der Obligation eine konkrete Norm, etwas solle geschehen bezw. nicht geschehen, liege, daß aber hierdurch der Schuldner nicht verpflichtet werde[4]). Entsprechendes gilt für die Ansicht Puntscharts, der bei der Grundschuld in dem Eigentümer einen bloßen Zahler, aber keinen Schuldner sieht[5]). Jeder Befehl verlangt einen Befehlsempfänger, jede Pflicht einen Verpflichteten. Adressat einer Rechtsnorm kann

---

1) So Puntschart, Schuldvertrag S. 101.

2) Ueber die Frage, wer Befehlsempfänger bei Willens- und Handlungsunfähigen sei, kann ich auf die Ausführungen Thons in IheringsJ. 50, 1 ff. verweisen.

3) A. M. die ältere Theorie der rei obligatio.

4) Hartmann, Die Obligation S. 32 f., 44, 117 ff.

5) Puntschart, Grundschuldbegriff S. 70, 101, 113 ff. Diese Inkonsequenz seiner Ansicht betont mit Recht Predari in ZHR. 51, 620.

auch die Allgemeinheit sein; das Gebot und namentlich das Verbot können sich an alle Rechtsgenossen richten. Allein weder für die Obligationen, noch für die Grundpfandrechte und Reallasten kann angenommen werden, daß hier die Verpflichtung zur Leistung bezw. zur Zahlung der Pfandsumme allen auferlegt werde. Hier muß es daher eine bestimmte Person sein, von der die Leistung verlangt wird, und als solche kann nur der Obligierte bezw. der Grundeigentümer in Betracht kommen. Wenn nun auch die Pflicht so wenig wie das subjektive Recht von der Beziehung zu einem Subjekt völlig gelöst werden kann, so ist doch theoretisch möglich, sie an ein zukünftiges oder vergangenes Rechtssubjekt anzuknüpfen[6]). Sie können schon vorhanden sein, wenn die Persönlichkeit, für die sie bestimmt sind, noch nicht existiert, aber erwartet wird (z. B. beim nasciturus) und fortdauern, wenn sie weggefallen ist (z. B. bei der römischen hereditas iacens, bei der Beleidigung Verstorbener in § 189 StGB.). Auf diese Weise sind theoretisch zu erklären die Grundpfandrechte (und Reallasten) an herrenlosen Grundstücken[7]) und, wie später noch dargelegt werden wird, die Eigentümerpfandrechte.

Schuldner kann eine natürliche oder eine juristische Person sein, aber immer in ihrer Eigenschaft als Willensträger. Eine Beschränkung oder Begrenzung der Verpflichtung in subjektiver Hinsicht ist nicht denkbar, da der Wille nicht geteilt werden kann. Solange der in der Schuld steckende Rechtsbefehl besteht, erfaßt er den Willen und damit die ganze Persönlichkeit des Verpflichteten. Zwischen der Obligationsschuld und der Pfandschuld kann daher ein Wesensunterschied nicht bestehen; diese ist ebenso persönlich wie jene. Wenn bei den Grund-

---

6) Cf. Ihering in seinen Jahrb. 10, 350; Bekker in KrVJSchr. 15, 550 ff.

7) A. M. Siber in IheringsJ. 50, 149.

pfandrechten und Reallasten der jeweilige Eigentümer verpflichtet ist, so bedingt dies nicht eine besondere Wesensart der Schuld; bleibt ja auch die Obligationsschuld dieselbe, wenn ein neuer Schuldner eintritt. Das Eigentum ist nur der Grund, weshalb das Gesetz gegen die bestimmte Person, die jetzt Eigentümerin ist, seinen Befehl richtet, und der Verlust der Grund, weshalb es ihn von dieser zurückzieht, um ihn gegen den Erwerber zu kehren; mit der Wesensnatur des Befehles hat dies nichts zu tun. Es ist nicht möglich, daß etwa der Eigentümer rechtlich nur in seiner Eigenschaft als Eigentümer schuldete, im übrigen aber frei wäre. Denn die Persönlichkeit läßt sich nicht in dieser Weise spalten. Denkbar mag es sein, daß sich in einer Person die Inhaberschaft oder doch die Verwaltung verschiedener Vermögensmassen vereinigt; denken könnte man an die Erbschaft, die Konkursverwaltung zc. Allein auch hier würde die zum eigenen Vermögen hinzutretende Vermögensmasse zusammengehalten werden durch ihre Beziehung zu einem anderen, wenn vielleicht auch schon weggefallenen Rechtssubjekt. Anders bei den Grundpfandrechten und Reallasten. Die Ansicht, wie sie von Gierke vertreten wird, daß die Pfandschuld passiver Bestandteil eines vom Privatvermögen gesonderten Grundvermögens sei[8]), ist abzulehnen. Wert hätte diese Konstruktion nur dann, wenn die Haftung der Schuld kongruent, der Eigentümer also mit dem Grundvermögen obligiert wäre. Nun ist allerdings verhaftet nicht bloß das Grundstück, sondern auch andere Sachen und Rechte. Allein noch nicht deshalb, weil mehrere Gegenstände dasselbe rechtliche Schicksal teilen, bilden sie ein Vermögen. Zudem sind sie hier nicht einmal einander koordiniert. Im Vordergrunde steht das Grundstück, andere Sachen und Rechte werden in die Haftung hineingezogen

8) Gierke, Deutsches Privatrecht 2 S. 57 (Anm. 41), 66 (Anm. 79), 67 (Anm. 82), 69 (Anm. 89), 614, insbes. 852 ff.

lediglich um ihrer Beziehung willen zu diesem Grundstück. Es fehlt die Persönlichkeit, welche die einzelnen Gegenstände zur Einheit verschmelzen und dem so geschaffenen Ganzen seinen Stempel aufdrücken könnte; die dominierende Stellung, die das Grundstück einnimmt, kann dies nicht ersetzen. Auch hat keineswegs das Gesetz dem Gedanken der Einheit Rechnung getragen. Für die wichtigsten Fälle, wie Veräußerung von Früchten oder Zubehör, gilt nicht einmal Surrogationsprinzip. Die Zwangsversteigerung ergreift nicht alle verhafteten Gegenstände. Innere Ausgleichungsansprüche zwischen dem angeblichen Grundvermögen und dem freien Vermögen, die die unvermeidliche Konsequenz jener rechtlichen Sonderung wären, sind undenkbar. Der Eigentümer darf ohne weiteres das ganze Grundvermögen durch Veräußerung des Grundstücks in sein Privatvermögen überführen, darf es durch Bestellung einer Hypothek belasten und die Hypothekenvaluta für sich verwenden, darf den Erlös der Früchte endgültig behalten, hat aber auch andererseits keine Ersatzansprüche, wenn er durch Aufwendungen aus dem Privatvermögen das Grundstück verbessert, aus dem Privatvermögen mangels ausreichender Einkünfte die Zinsen und das Kapital bezahlt ꝛc. Alle diese Erscheinungen sind mit der Annahme eines Grundvermögens, ganz abgesehen von den angeregten theoretischen Bedenken, unverträglich. Vor allem, das heutige Recht kennt nur wenige Fälle, wo mehrere Vermögen gesondert bei einer Person zusammentreffen, und sämtliche sind genau umgrenzt und in ihren Wirkungen bestimmt; es wäre bedenklich, sie ohne zwingenden Grund mangels gesetzlicher Handhabe zu vermehren. Sowenig vom Gesetz ein selbständiges Handelsvermögen anerkannt wird, läßt sich die Existenz eines Grundvermögens ableiten.

In der Schuld wendet sich der Wille des Staates an den Willen des Schuldners. Inhalt des Befehles kann nur der

sein, daß der Wille des Schuldners sich in bestimmter Weise äußert, der Schuldner also nach bestimmter Richtung hin tätig wird. Verlangt wird demnach in der Schuld eine Handlung oder Leistung des Schuldners. Seine eigene Handlung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er sich, soweit zulässig, der Mitwirkung anderer bedient, statt seiner andere die Leistung bewirken läßt; auch hier handelt er selbst, da er die Tätigkeit der anderen veranlaßt, mithin selbst den verlangten Erfolg herbeiführt. Dagegen kann in der Schuld eine fremde Handlung als solche weder anbefohlen noch versprochen werden. Man kann zwar versprechen, einen anderen zu einer Leistung zu bestimmen, kann auch diese Leistung garantieren, sich also verpflichten, für die Folgen der Nichtleistung ersatzpflichtig zu sein; allein auch hier verspricht man nur Eigenes. Daher ist es nicht möglich, mit Hartmann und Scheurl[9]) von der schuldnerischen Handlung zu abstrahieren, anzunehmen, daß den rechtlichen Inhalt der Schuld lediglich der Eintritt des bestimmten wirtschaftlichen Erfolges ausmache, und daß hierzu die Handlung des Schuldners nur eines der Mittel sei, wenn auch das gewöhnlichste. Die Handlung ist vielmehr rechtlich das einzige Mittel, durch das der rechtliche Befehl befolgt, die Schuld erfüllt wird. Allerdings bezweckt die Obligation, wie jedes andere Recht, in letzter Linie die Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses des Berechtigten. Für den Gläubiger ist in der Regel nur das wesentlich, daß der wirtschaftliche Erfolg, den er mit der Obligation erstrebt, eintritt, aber gleichgültig, wie dies geschieht, ob durch eine Handlung des Schuldners, oder die eines Dritten, ob freiwillig, ob im Wege der Zwangs-

---

9) Hartmann, Die Obligation S. 32 f., 117; Scheurl in KrVJSchr. 18, 485 ff., insbes. 486; gegen Hartmann Steinlechner in GrünhutsZ. 3, 718 ff.

vollstreckung oder sonst irgendwie[10]). Allein wählt er zur Erreichung seines Zweckes die Form der Schuld, also des an eine bestimmte Person gerichteten Befehles, so bedient er sich eben als des Mittels der Handlung gerade dieser Person. Von dieser wird ein Tun verlangt, und nur, wenn sie das getan hat, was ihr aufgegeben ist, hat sie der Leistungspflicht entsprochen. Der Gedanke dagegen, daß es die Schuld lediglich auf den Eintritt eines Erfolges absieht, ist reiner Zweck geblieben. Er hat das Gesetz zwar veranlaßt, auch dann den Untergang der Schuld anzuordnen, wenn sich der Erfolg ohne Zutun des Schuldners verwirklicht hat. Allein wenn auch hier der Befehl zurückgezogen wird, so geschieht es nicht, weil er befolgt wäre, sondern nur, weil sein Zweck erreicht und er daher gegenstandslos geworden ist[11]). Gilt doch dasselbe für jeden anderen Befehl. Z. B. eine Stadtverwaltung schreibt jedem Einwohner vor, er solle den vor seinem Hause befindlichen Straßenteil reinigen. Einer weigert sich aus Eigensinn, aber ohne seinen Willen besorgt es ein Nachbar, um ihm die Strafe zu ersparen. Auch hier hat der Säumige das an ihn ergangene Gebot unbefolgt gelassen, aber die Stadt hat kein Interesse mehr, es aufrecht zu erhalten.

Eine Handlung des Schuldners liegt auch dann noch vor, wenn er an den Gerichtsvollzieher zahlt oder seiner Leistungspflicht nur unter dem Druck der ihm im Vollstreckungsverfahren angedrohten Geld- und Haftstrafen nachkommt. Coactus tamen voluit. Allein wo der Schuldner nicht selbst leistet, sondern ohne Rücksicht auf seinen Willen durch die volle Durchführung

---

10) Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 2; Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 204.

11) Vergl. hierzu Windscheid-Kipp Bd. 2 § 250 (Anm. 2) und § 343 (Anm. 6); Lehmann, a. a. O. S. 204; Stephan, Der negative Leistungsanspruch, Breslauer Diss., S. 45 f.; P. Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung S. 17 ff., 64 ff.

der Zwangsvollstreckung der Gläubiger befriedigt wird, kann nie von einer Erfüllung der Schuld gesprochen werden. Vor allem gilt dies für die Realexekution [12]). Sie führt nicht, wie fast durchgängig angenommen wird, zur Schulderfüllung, sondern nur zu einer Ersatzbefriedigung, die sich der Gläubiger selbst durch Realisierung der Haftung verschafft [13]). Diese würde ihres wesentlichen Inhalts, ja ihres Kernes beraubt, wollte man von ihr die Realexekution trennen und zur Schuld ziehen. Die Schuld appelliert an den Willen des Schuldners; die Realexekution bedeutet die Umgehung desselben. „Gib mir's, sonst nehme ich es mir", so lassen sich Schuld und Haftung kurz präzisieren. Hier aber hat der Schuldner nicht das getan, was er sollte. Der Gläubiger hat sich vielmehr durch eigene Tätigkeit den der Schulderfüllung entsprechenden Erfolg verschafft. Nicht um die Schuldleistung handelt es sich, sondern um einen durch die Verwirklichung der Haftung herbeigeführten, wirtschaftlich der Leistung gleichkommenden und dieser auch rechtlich gleichgestellten Erfolg. Gegen diese Konsequenzen hat sich vor allem Siber in IheringsJ. 50, 85 ff. gewandt. Er führt hier aus, für das moderne Recht gehöre im Gegensatz zur römischen Geldkondemnation die Klag- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers nicht mehr zur Haftung, sondern zur Schuld, da sie heute zur Realisierung, nicht mehr zum Ersatze der Schuld diene. Allein solange man in der Schuld rechtlich

12) A. M. Hartmann, a. a. O. S. 33; Brinz, Pandekten 2, 26 ff.; Brinz im ArchCivPrax. 70, 374 f.; Degenkolb in KrVJSchr. 9, 209 f.; Scheurl in KrVJSchr. 18, 486; Bekker in IheringsJ. 49, 55; insbes. Siber in IheringsJ. 50 S. 61 ff., 85 ff., 119, 152.

13) Was also Amira, a. a. O. Bd. 2 S. 146 bezüglich des nordgermanischen Gewaltverfahrens, und Puntschart, Schuldvertrag S. 177 ff. bezüglich der Bürgenleistung ausführen, gilt auch für die heutige Realexekution. Cf. auch Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation S. 33.

einen Befehl und eine diesem korrespondierende Leistungspflicht findet, werden diese uur dann verwirklicht, wenn der Befehlsempfänger selbst leistet. Wird in der Zwangsvollstreckung von seiner Handlung abgesehen und gegen seinen Willen der erstrebte Zustand herbeigeführt, so kann dies keine Erfüllung der Schuld sein, muß also zur Haftung gehören. Wollte man hier eine Leistung fingieren, so käme man um keinen Schritt weiter. Denn die Fiktion ist nicht dazu da, über theoretische Unmöglichkeiten wegzuhelfen. Daß freiwillige Leistung an den Gerichtsvollzieher und Wegnahme durch diesen nicht auseinanderzuhalten wären, kann Siber nicht zugegeben werden. Richtig ist es, daß bei der Gelenkigkeit des modernen Vollstreckungsrechts die erfolgreiche Vollstreckung dem Gläubiger genau dasselbe verschafft wie die freiwillige Erfüllung. Die Handlung des Schuldners ist eben nicht Endzweck der Obligation, sondern nur ein Mittel, durch das der erstrebte Erfolg, auf den es dem Gläubiger allein ankommt, erreicht werden soll, und von dem in der Gestalt der Schuld Gebrauch gemacht wird. Die Haftung soll zwar dieses Mittel sichern, stärken, hat aber daneben die selbständige Aufgabe, ein zweites Mittel darzubieten, durch das im Notfall auf einem anderen Wege derselbe Erfolg herbeigeführt werden soll, wie dort. Ist bei erfolgreicher Durchführung der wirtschaftliche Erfolg eines jeden Mittels gleich günstig für den Gläubiger, so wäre das gesetzgeberische Ziel, zwei gleichwertige Mittel zu demselben Erfolg zu gewähren, erreicht. Rechtlich aber ist jedes Mittel auseinanderzuhalten. Daß die Naturalexekution keine Schulderfüllung bedeutet, darf daher nicht befremden, sobald man sich nur vergegenwärtigt, daß auch hier der Obligationsinhalt verwirklicht ist, daß zwar das eine rechtliche Mittel versagt hat, wohl aber das andere durchgegriffen und zu dem erstrebten Ziel geführt hat.

Der Schulderfüllung stehen gleich die Erfüllungssurrogate,

Annahme an Zahlungs Statt, Hinterlegung und Aufrechnung. Die Aufrechnung jedoch ist Erfüllung nur dann, wenn sie vom Schuldner vorgenommen wird. Geht sie dagegen vom Gläubiger aus, so verschafft sich dieser durch eigene Handlung Befriedigung, und zwar durch seinen Zugriff auf eine dem Schuldner zustehende, also in dessen Vermögen befindliche Forderung. Dies aber kann er nur, wenn ihm das schuldnerische Vermögen verhaftet ist. Es handelt sich hier um eine außergerichtliche Geltendmachung der persönlichen Haftung. Sie ist daher unzulässig bei reiner Sachhaftung, also bei Grundschulden und Reallasten gegenüber dem nicht persönlich obligierten Eigentümer [14]).

Neben der Erfüllung steht als natürlicher Beendigungsgrund der Schuld die Unmöglichkeit. Dort hat der Schuldner den an ihn gerichteten Befehl befolgt, hier kann er ihm nicht nachkommen. In den Schuldbegriff gehören ferner die Umstände, welche eine Veränderung des Leistensollens, insbesondere eine Steigerung oder Minderung der schuldnerischen Pflichten bedingen. Die an den Verzug und an die verschuldete Unmöglichkeit geknüpfte Schadensersatzpflicht gehört daher ebenso zur Schuld wie die ursprüngliche Pflicht, da sie nur eine Erweiterung und Verwandlung derselben bedeutet; Haftung ist auch bei ihr nur die zur Sicherung bestimmte Zugriffsmacht [15]).

Inhaltlich besteht zwischen der Obligations- und der Pfandschuld kein Wesensunterschied. Im Gegensatz hierzu vertritt

14) Im Ergebnis zustimmend Dernburg, Bürgerliches Recht 3, 739; Biermann, Sachenrecht Erl. § 1142; Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht² 2, 302/303; Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht³ S. 632 (Anm. 4); Fuchs, Grundbuchrecht, Erl. 3 b § 1142; cf. auch Protokolle 4, 602 ff.

15) A. M. Siber, a. a. O. S. 63.

die Theorie der Realobligation, vor allem Siber[16]), die Ansicht, daß der Eigentümer bei den Grundpfandrechten und Reallasten nur beschränkt verpflichtet sei, nämlich nur zur Leistung aus der Sache, d. h. aus ihren Nutzungen und dem Verkaufserlöse. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Rechtlich geht der Befehl auch hier lediglich auf die bestimmte Willensäußerung in ihrer konkreten Form. Inwiefern sie sich der Schuldner ermöglichen, woher er den Leistungsgegenstand nehmen soll, ist wirtschaftlich wie rechtlich ebenso gleichgültig wie bei den Obligationen. Danach fragt das Recht nie, ob das Land bestellt, die Erntearbeit getan, der Fruchtertrag veräußert wird, damit der Schuldner zu dem Gelde kommt, das er zur Erfüllung braucht. Sonst könnte auch bei den Grundpfandrechten gar nicht Geld als vertretbare Sache geschuldet werden; der Schuldner wäre nur verpflichtet, das bestimmte aus dem Grundstück erzielte Geld herauszugeben oder es sich, falls keins mehr vorhanden ist, durch Nutzung des Grundstücks zu verschaffen. Es handelte sich also um das dare eines individuellen Gegenstandes oder doch aus einer individualisierten Quantität heraus, oder um ein facere[17]). Siber glaubt zwar, durch die Berufung auf die Gestaltung beim Sondervermögen sich dieser Konsequenz entziehen zu können[18]). Allein wer als Inhaber eines Sondervermögens schuldet, setzt eine fremde Rechtspersönlichkeit fort und schuldet in dieser Eigenschaft unbeschränkt; sein sonstiges Vermögen hat mit der Schuld so wenig wie mit der Haftung etwas zu tun, und zwar deshalb, weil er in seiner ursprünglichen Persönlichkeit, mithin als Inhaber dieses Vermögens weder von dieser noch von jener getroffen wird. Vor allem aber jene Begrenzung ist willkürlich

16) Siber, a. a. O. S. 133 ff.
17) So auch Geib im ArchCivPrax. 97, 165 ff.
18) Siber, a. a. O. S. 139 ff.

und findet im Gesetz keinen Anhalt. Die Anhänger der Realobligation, vor allem Siber[19]), wollen sie zwar aus der Umgrenzung der Haftung herleiten und verwerten das Moment für sich, daß dann der Umfang der Verpflichtung und des Zwangsrechts kongruent seien. Allein diese Kongruenz träfe bei den Grundpfandrechten nie, bei den Reallasten nur ausnahmsweise zu. Denn bares Geld, insbesondere der Erlös der Ernte, aus dem doch der Eigentümer in erster Linie die Hypothekenzinsen bezahlen soll, ist dem Zugriff des Gläubigers gar nicht ausgesetzt. Das Kapital vollends aus den Grundstückseinnahmen zu zahlen, dürfte dem Eigentümer fast nie möglich sein, und doch bleibt er gleichwohl verpflichtet, kommt gleichwohl in Verzug. Daß er das Grundstück verkauft und aus dem Erlös den Gläubiger befriedigt, wird vom Gesetz so wenig verlangt, daß es ihn mit der Veräußerung sogar aufhören läßt, Schuldner zu sein. In der Zwangsvollstreckung endlich, die das Grundstück in Geld umsetzt, um den Gläubiger zu befriedigen, liegt keine Leistung des Schuldners, sondern eine Handlung des Gläubigers, der sein dingliches Recht realisiert. Nur bei den Reallasten auf Sachleistungen wäre eine Leistung aus den Grundstücksnutzungen und ein hierauf gerichteter Zwang möglich. Aber gerade hier wird er vom Gesetz versagt. Denn dies gewährt dem Gläubiger, sofern nicht eine persönliche Obligation besteht, nur die Immobiliarvollstreckung, und diese führt nur zu einer Befriedigung in Geld[20]). Ebensowenig kann sich bei Dienstlasten der Gläubiger auf Grund der dinglichen Haftung an die Arbeitskraft und die Erwerbstätigkeit des Eigentümers halten. Die Beschränkung der Leistungspflicht auf die Mittel des Grundstücks ist also eine willkürliche und unbestimmte. Aus dem Gesetze läßt sie sich nicht herleiten.

19) Siber S. 136, 161.

20) Dies erkennt auch Siber S. 156 ff. an.

Die Worte „aus dem Grundstück" in den §§ 1105, 1113, 1191, 1199 sollen, wie aus § 1147 erhellt, nur auf die Haftung hindeuten. Jede Leistung, aus welchen Mitteln sie auch bewirkt sein mag, ist daher in obligatione. Der Eigentümer ist nicht etwa, wie Siber annimmt, rückforderungsberechtigt, wenn er sich irrtümlich durch den Wert des Grundstücks gedeckt glaubte[21]; der Gläubiger würde ja sonst in eine überaus prekäre Lage versetzt. Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn der Eigentümer lediglich deshalb geleistet hat, weil er irrig sich für persönlich obligiert hielt. Denn hier hat er eine andere in Wirklichkeit nicht bestehende Pflicht erfüllt, und wie bereits erwähnt, kann hier nicht etwa der Gläubiger der Rückforderung dadurch begegnen, daß er mit der Pfandschuld aufrechnet.

In der Schuld ist das Leistensollen der rechtlichen Herrschaft des Gläubigers überlassen. Wenn dieser die Schuld inhaltlich verändert oder gar zum Untergange bringt durch Annahme der Erfüllung, an Erfüllungs Statt, Verweigerung der angebotenen Leistung, Mahnung, Kündigung, Verzicht, Zession, vertragsmäßige Abänderung ihres Inhalts u. dgl., so wirkt er auf sie in der gleichen Weise ein, wie auf eine Sache, wenn er diese verzehren, verarbeiten, umgestalten, vernichten, übereignen würde. Während freilich bei einer Sache als einem Gegenstand der sinnlich wahrnehmbaren Natur tatsächliche Verfügungen möglich sind, ist das rechtlich konkretisierte Leistensollen, weil es nur im Recht und durch das Recht lebt, lediglich rechtlichen Verfügungen zugänglich. Diese können unmittelbare sein, die die Substanz des Soll selbst ergreifen, oder mittelbare, die in erster Linie die Herrschaft bezw. die Person ihres Inhabers betreffen und nur durch diese hindurch das rechtliche

21) A. M. Siber S. 134 ff.

Schicksal des Soll bestimmen, wie Abtretung, Belastung ꝛc. Bei der Sache scheidet man scharf das Eigentum als die rechtliche Befugnis zu Verfügungen von dem Besitz als der bloßen Verfügungsmacht. Eine ähnliche Scheidung ist auch bei den Schulden denkbar. Das BGB. wie das HGB. weisen eine Reihe von Fällen auf, wo ein Nichtforderungsberechtigter alle oder doch gewisse Verfügungen über die Schuld wirksam treffen kann (cf. z. B. §§ 370, 407, 409, 793, 851, 892, 893 BGB., § 25 HGB.)[22]. Eine solche Macht kann nur durch das Recht geschaffen sein, dem das Soll selbst sein Dasein verdankt. Im Normalfall aber wird das Recht keine Veranlassung haben, einem Nichtgläubiger zum Schaden des wahren Berechtigten die Verfügungsmacht über eine Forderung einzuräumen. Allein mit dem Interesse des Gläubigers kann das Interesse kollidieren, das der Schuldner in gewissen Lagen, namentlich solchen, die der Gläubiger selbst geschaffen hat, daran hat, eine bestimmte Person ohne Gefahr als Gläubiger behandeln zu können, und das letztere Interesse kann so stark sein, daß ihm das Recht den Vorrang gibt. Freilich steht eine solche Macht in Widerspruch mit dem Gedanken, daß die Schuld ausschließlich für den betreffenden Gläubiger bestimmt und ihm zur alleinigen Verfügung überlassen ist. Der Dritte darf daher von seiner Macht keinen Gebrauch machen, es sei denn im Interesse des Gläubigers als dessen Beauftragter oder als unbeauftragter Geschäftsführer. Das Gesetz wird daher dem Gläubiger Mittel zur Zerstörung oder Rückerlangung der fremden Verfügungsmacht, die ja mit seiner ausschließlichen Verfügungsbefugnis in Widerspruch steht, und eventuell einen Schadensersatzanspruch gewähren für den Fall, daß er durch ihren Mißbrauch sein

22) Cf. O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts (in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 12 Heft 3) S. 79 ff.

Recht eingebüßt hat. Ein Bereicherungsanspruch, wie er z. B. allgemein im Fall des § 409 gewährt wird [23]), um hier die erforderliche Zustimmung des Scheingläubigers herbeizuführen, würde für den Fall des Konkurses versagen, und doch steht der Gläubiger, der nur seine Forderung zurückhaben will, rechtlich einem Aussonderungsberechtigten gleich. Es ist vielmehr eine absolut wirkende und daher ein Aussonderungsrecht begründende Klage analog der Eigentumsklage zu gewähren. Dernburg gibt denn auch im Falle des § 409 eine der dinglichen Berichtigungsklage des § 894 BGB. analoge Klage [24]). Die Analogie trifft zu, denn auch § 894 stellt einen Ausfluß des geschilderten Prinzips dar. Hat ferner der Scheingläubiger von seiner Macht zu Ungunsten des Berechtigten Gebrauch gemacht und dadurch dessen Recht an der Schuld verletzt, so ist er aus § 823 Abs. 1 BGB. ersatzpflichtig. Dagegen ist eine weiter gehende Anwendung des § 823 auf Forderungsrechte unbedingt abzulehnen. Die bloße Nichterfüllung der schuldnerischen Verbindlichkeit erfüllt an sich nicht den Tatbestand der unerlaubten Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. [24a]). Die Folgen der Vertragsverletzung sind vielmehr anderweitig im BGB. erschöpfend geregelt, so daß für die §§ 823 ff. kein Raum mehr bleibt, und diese sich auf die Verletzung von Ausschlußrechten beschränken. Und ebensowenig macht sich ein Dritter, der die Leistung für den Schuldner unmöglich macht, so daß dieser frei wird, aus § 823 Abs. 1 ersatzpflichtig. Die gegenteilige Ansicht ist insbesondere von Neuner vertreten worden, der von der Auffassung ausging, daß auch dem Forderungsrechte eine allgemeine Bürgerpflicht gegenüberstehe, dahin gehend, daß es jeder anerkennen müsse und es niemand ver-

23) Z. B. von Planck, Erl. § 409.

24) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 § 141 Z. 6.

24a) Cf. O. Chr. Fischer, a. a. O. S. 88 ff.

letzen dürfe[25]). Ihm haben sich insbesondere Bremer und Staub angeschlossen; vor allem Staub führt aus, jedes Recht müsse, weil es ein Recht sei, von allen Rechtsgenossen respektiert oder, richtiger, dürfe von niemand gestört werden. In Wirklichkeit liegt hier eine direkte Verletzung des Forderungsrechts überhaupt nicht vor, weil nicht unmittelbar auf dessen Substrat eingewirkt wird, ebensowenig wie etwa das Eigentum dadurch verletzt wird, daß jemand durch massenweise Produktion und Verkauf von Waren zu Schleuderpreisen ihren Wert herabdrückt. Vielmehr ist der Dritte, der die Schuldleistung unmöglich macht, nur dann haftbar, wenn sein Verhalten aus sonstigen Gründen rechtswidrig ist. Thon[26]) hat dies an folgendem Beispiel illustriert: Ich habe einen Hasen am Fenster hängen, und ein Nachbar verspricht seinem Mietsmann, ihn mir abzukaufen und jenem zu schenken; soll ich nun ersatzpflichtig werden, wenn ich, obwohl ich die Obligation kenne, den Hasen verzehre und dadurch die Obligation zerstöre? Wie schließlich Oertmann und O. Chr. Fischer mit Recht ausführen, ist jene Ausdehnung des § 823 Abs. 1 rechtspolitisch bedenklich, sie widerspricht dem System des BGB., insbesondere dem Umstande, daß dieses in den §§ 844 ff. für

---

25) Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (Kiel 1866) S. 70 ff., 148 ff.; Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte (1867) S. 16 ff., 93 f.; Staub im ArchBürgR. 5, 15 ff.; auch Bürkel in KrVJSchr. 11, 230; Apt, Die Verletzung der Forderungsrechte, Breslauer Diss., S. 42 ff. Gegen Neuner haben sich ausgesprochen vor allem Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 207 ff.; Ihering in IheringsJ. 32, 41 ff.; Regelsberger, Pandekten Bd. 1 § 50; Windscheid-Kipp, Bd. 1 § 41 Note 1; Oertmann in IheringsJ 31, 458, in GrünhutsZ. 21, 261; Oertmann, Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten, in der Festgabe der Berliner Juristenfakultät für Dernburg (1900) S. 61 ff.; O. Chr. Fischer a. a. O.; Stephan, a. a. O. S. 41 Anm. 22.

26) Thon, a. a. O. S. 209 f.

einen speziellen Fall einen besonderen Ersatzanspruch gewährt, der sich sonst erübrigt hätte; auch sind dem Geschädigten hinreichend andere Hilfsmittel gewährt, vor allem durch die in § 281 vorgesehene Abtretung des dem Schuldner zustehenden Schadensersatzanspruches. Allein die Unzulässigkeit dieser Ausdehnung des § 823 Abs. 1 schließt seine Anwendung nicht in den Fällen aus, wo begrifflich eine Verletzung des Rechts an der Schuld möglich ist. Beide Fälle sind grundverschieden. Nur hier liegt eine direkte Verletzung des Forderungsrechts vor, dort aber eine bloße Entwertung, die sich lediglich als Vermögensschädigung darstellt und als solche nur unter § 826, eventuell unter § 823 Abs. 2 BGB. fällt. O. Chr. Fischer[27]) läßt zwar diesen Unterschied nicht gelten; er nimmt an, jedes Recht, selbst das Eigentum seien als rechtliches Verhältnis für einen Dritten unerreichbar und daher nicht direkt verletzbar; sie könnten nur dadurch entwertet werden, daß das Rechtsobjekt, die Sache beschädigt oder zerstört werde. Dem kann nicht beigetreten werden. Der Eingriff des Dritten an sich bedeutet stets einen Verstoß gegen das im Eigentum steckende Ausschlußrecht, das jede Einwirkung eines Dritten untersagt, und damit eine Verletzung dieses Rechts. Die dadurch bedingte Entwertung des Eigentums ist nur die Folge des Eingriffs, die übrigens, wie bei der Gebrauchsanmaßung erhellt, nicht einmal notwendig einzutreten braucht; sie ist nichts anderes als der durch den Eingriff hervorgerufene Vermögensschaden. Die bloße Entwertung ohne Verstoß gegen ein Rechtsgebot oder ein Ausschlußrecht erfüllt daher lediglich den Tatbestand der Vermögensschädigung. Bei der Schuld nun ergeht der Befehl, zu leisten, nur an den Schuldner. Nur dieser kann daher gegen ihn verstoßen, sei es negativ durch Unterlassung der Erfüllung, sei es positiv durch eine Zuwiderhandlung, die die Erfüllung über-

27) Fischer, a. a. O. S. 85 f.

haupt unmöglich macht. Zerstört demnach ein Dritter die geschuldete Sache, so verletzt er zwar das Untersagungsrecht des schuldenden Eigentümers, aber nicht das Leistungsgebot des Gläubigers, um dessen Befolgung er sich ja nicht zu kümmern braucht. Gleichzeitig liegt darin, daß das Gesetz das Leistungsgebot dem Gläubiger vorbehält, die Untersagung seiner Geltendmachung durch einen Dritten. Es ist dies nichts der Schuld Eigentümliches, sondern ein Ausfluß des Wesens jedes Rechts. Grundtendenz der Rechtsordnung ist es, die Rechtssphären der einzelnen abzugrenzen und Uebergriffe zu verhindern. Wenn sie daher einem Rechtsgenossen ein Rechtsgut zuweist, so liegt darin eingeschlossen, daß nur dieser und kein anderer es geltend machen dürfe. Und dies gilt auch für die in den Dienst eines Privaten gestellte und dadurch zum Rechtsgut erhobene Schuldnorm. Ja, hier konnte das Gesetz seiner Tendenz dadurch am vollkommensten gerecht werden, daß es Verfügungen Dritter nicht nur verbot, sondern sogar gänzlich ausschloß und nur Verfügungen des Berechtigten anerkannte. Wenn es nun in einzelnen Fällen Ausnahmen macht, so geschieht dies lediglich im Interesse des Schuldners, aber nicht, um dem Dritten in seinem Interesse eine Verfügungsgewalt zu gewähren. Dem Interesse des Schuldners aber ist Genüge geschehen, wenn er die Verfügungen des Dritten als gültig behandeln darf. Das Innenverhältnis des Dritten zum Gläubiger, ob diesem gegenüber die Verfügung erlaubt war, ist für ihn gleichgültig. Er hat im Regelfall nicht einmal ein Interesse daran, daß der Dritte von seiner Verfügungsmacht Gebrauch macht, sondern muß sich zufrieden geben, wenn dieser ihn an den wahren Gläubiger verweist. Wenn also das Recht in einzelnen Fällen Verfügungen Dritter gültig sein läßt, so nimmt es damit noch nicht sein Störungsverbot zurück, ebensowenig wie etwa beim Eigentum durch den Satz „Hand wahre Hand“. Darin, daß

die Verfügung möglich gemacht wird, liegt noch nicht, daß sie nunmehr auch erlaubt sei[28]). Ist aber in dem Recht an der Schuld das Verbot fremder Geltendmachung enthalten, so bedeutet die Zuwiderhandlung eine Verletzung dieses Rechts. Und es wäre nicht ersichtlich, weshalb gerade sie von der Anwendung des § 823 Abs. 1 ausgeschlossen sein sollte. Es handelt sich also nicht darum, wie gegenüber Fischer[29]) betont werden muß, für die wenigen Fälle, wo zufällig eine unmittelbare Einwirkung möglich ist, eine Ausnahme zu machen. Vielmehr ist es allgemeiner Rechtssatz, daß die im Wesen eines Rechts liegende Willensmacht nur von dem Berechtigten, nicht aber von einem Fremden ausgeübt werden dürfe, und § 823 Abs. 1 findet seinem Wortlaut nach auf jedes Recht Anwendung. Soll für die Schuld deshalb eine Ausnahme gemacht werden, weil hier das praktische Anwendungsgebiet gering ist? Fischer[30]) wendet gegen diese Folgerungen ein: Das Gesetz bezeichne nur die Verletzungen bestimmter Rechtsgüter als unerlaubte Handlungen, und zwar vernünftigerweise solcher, an denen allgemeine Interessen bestünden, der Staat also ein eigenes Interesse habe, wie schon die verschiedene strafrechtliche Behandlung erweise. Hierauf ist zu erwidern: Ein eigenes Interesse hat der Staat, wenn er nicht selbst Rechtsinhaber ist, nur ganz allgemein daran, daß die Rechtsordnung beobachtet werde. Jede Uebertretung seiner Rechtsgebote wird er als Unrecht bezeichnen und mißbilligen. Ob er sie freilich mit öffentlicher Strafe belegt, oder ob er sich mit der privatrechtlichen Reaktion begnügt, ist reine

---

28) Es darf also nicht, wie G. Lehmann, a. a. O. S. 95, und ihm anschließend Stephan, a. a. O. S. 72 ff. wollen, damit argumentiert werden, der Umstand, daß das Gesetz die Möglichkeit eröffne, über fremde Forderungen zu verfügen, beweise noch nicht, daß der Eingriff verboten sei.

29) Fischer S. 81.

30) Fischer S. 85 f.

Zweckmäßigkeitsfrage. Tatsächlich hat denn auch die Rechtsentwickelung bei einzelnen Rechtsgütern geschwankt. Ein Rückschluß aus dem Strafrecht daher ist überaus unzuverlässig. Werden doch nicht einmal alle Verletzungen des Eigentums, z. B. nicht die Gebrauchsanmaßung, bestraft. Die fahrlässige Rechtsverletzung wird strafrechtlich nur in wenigen Fällen geahndet, während sie in § 823 Abs. 1 BGB. der vorsätzlichen durchweg gleichgestellt ist. Es ist daher nicht angängig, einen Unterschied, für den das Privatrecht keine Handhabe bietet, aus dem Strafrecht herzuleiten. Die sonst vorgebrachten Einwendungen [31]) betreffen lediglich die auch hier abgelehnte Ansicht, daß ein Dritter, der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführe, das Forderungsrecht verletze. Mag auch, wie Fischer [32]) hervorhebt, die Forderung ein wechselndes und nach dem Willen der Parteien schwankendes Verhältnis sein, so daß es eine große Härte bedeuten würde, Unbeteiligten die Vertragspflichten aufzuerlegen. Beschränkt man sich aber auf die Fälle unmittelbarer Eingriffe, so handelt es sich lediglich um das Verbot an Dritte, sich in das fremde Schuldverhältnis einzumischen und das dem Gläubiger ausschließlich zustehende Leistensollen sich anzumaßen, und der Dritte hat, wenn das Schuldverhältnis ein flüchtiges, nach dem Willen der Parteien sich stetig änderndes ist, um so mehr Veranlassung, sich fernzuhalten und nicht etwa die Gläubigerstellung zu usurpieren. Uebrigens sind ja auch andere Rechtsgüter veränderlich, und zwar auch durch menschliche Einwirkung; man denke nur an den vom Reichsgericht als Recht behandelten Gewerbebetrieb. Für die hier vertretene Auffassung kommt ausschlaggebend in Betracht, daß auch den Grundpfandrechten und den Reallasten eine Schuld zugrunde liegt, und daß gerade hier Verletzungen infolge des öffentlichen Glaubens

31) Namentlich von Fischer S. 68 ff., 132 ff.

32) Fischer S. 86 f.

des Grundbuchs leicht möglich sind. Nimmt nun z. B. der Buchgläubiger die Leistung in Empfang, so wird man unbedenklich § 823 Abs. 1 anwenden. Verletzt ist hier unmittelbar nur die Pfandschuld. Daß das dingliche Verwertungsrecht mituntergeht, ist nur die gesetzliche Folge seiner Abhängigkeit. Eine direkte Verletzung des dinglichen Rechts liegt gar nicht vor; oder wollte man etwa auf einen Eingriff in ein Forderungsrecht, den man an sich ersatzlos ließe, dann § 823 Abs. 1 anwenden, wenn die Forderung durch ein Pfandrecht gesichert war? Unterwirft man aber die Pfandschuld dem § 823 Abs. 1, so liegt kein Anlaß vor, die Obligationsschuld abweichend zu behandeln. Man wird also § 823 Abs. 1 auf Forderungen da anzuwenden haben, wo eine begriffliche Verletzung des Rechts an der Schuld in Frage kommt[33]). Strafrechtlich hat der Fall, daß auf ein fremdes Sparkassenbuch eine Summe abgehoben, das Buch selbst aber dem Eigentümer zurückerstattet ist, zu Meinungsverschiedenheiten Anlaß geboten. Angeeignet ist hier die Forderung, bezw. ein Teil davon, aber nicht das Buch; dieses ist höchstens entwertet, so daß streng genommen der Täter frei ausgehen müßte. De lege ferenda dürfte eine besondere Strafbestimmung über die Aneignung fremder Schulden zu empfehlen sein.

Ergeht also bei der Schuld das Leistungsgebot nur an den Schuldner, so ist doch zugleich dem Gläubiger an diesem an sich relativen Gebot ein absolut wirkendes Ausschlußrecht gewährt. Ein Ausfluß desselben ist die Befugnis, bei Pfändung

---

33) Ueber den gegenwärtigen Stand der Kontroverse vergl. Oertmann, a. a. O. S. 63 f.; Fischer, a. a. O. S. 132 ff.; Apt, a. a. O. S. 82. Das Reichsgericht hat bisher die Ausdehnung des § 823 Abs 1 auf Forderungen abgelehnt (Bd. 57 S. 234 ff., 355; Bd. 59 S. 236); doch ist bisher einer der Fälle, wo das Forderungsrecht direkt verletzt wird, noch nicht zur höchstrichterlichen Entscheidung gelangt.

der Forderung aus § 771 ZPO. zu intervenieren[34]). Die Verwandtschaft dieses Ausschlußrechts mit dem Sacheigentum ist nicht zu verkennen, hier das Recht, das Schicksal einer Schuld, dort, das einer Sache zu bestimmen. Vereinzelt wird dann auch von Forderungseigentum gesprochen[35]); freilich erweckt dieser Ausdruck das Mißverständnis, als sei eine volle Gleichstellung beabsichtigt, und dürfte daher zu vermeiden sein. Gerade jene Verwandtschaft ermöglicht es, in den Wertpapieren die rechtlichen Schicksale der Sache und der Schuld miteinander untrennbar zu verknüpfen. Die Obligation braucht nicht erst eine Wesensänderung zu erfahren, um zu dieser Verbindung fähig zu sein.

Neben das dem Sacheigentum entsprechende Totalrecht können als begrenzte Rechte Nießbrauch und Pfandrecht treten, deren Rechtsobjekt gleichfalls die Schuld bildet[36]).

§ 3.

Begriff der Haftung.

Die Schuld beantwortet nur die Fragen, ob, was, wie zu leisten ist, läßt es aber unentschieden, welche Folgen an den Ungehorsam geknüpft sind; diese liegen vielmehr außerhalb des Begriffes der Schuld. Rechtlich irrelevant sind die sozialen und wirtschaftlichen Folgen, die Einbuße an Vertrauen und Achtung, die Gefährdung der gesellschaftlichen Stellung, die Schädigung des Kredits. Außer Betracht bleiben auch die strafrechtlichen

---

34) Cf. **Staub** im ArchBürgR. 5, 15; **Sydow-Busch**, Erl. zu § 771 ZPO. und die dort zitierten Entscheidungen.

35) Cf. **Bähr** in IheringsJ. 1 S. 361, 401; **Neuner**, a. a. O. S. 52; **Sohm**, Subpignus (1864) S. 43; **Gierke** Bd. 2 S. 690 (Anm. 57); **Apt**, a. a. O. S. 66 f.

36) **Gierke**, Bd. 2 S. 690, und **Cosack**, Bürgerl. Recht 2, 320 ff. sprechen von Ober- und Unterrecht.

und disziplinaren Folgen. Hier handelt es sich darum, welche Mittel das Privat- und Prozeßrecht dem Gläubiger zur Sicherung des Leistungsgebotes zur Verfügung stellen. An und für sich denkbar wäre es, daß solche Mittel überhaupt fehlten, und dies haben Isay, Bekker und v. Schwind denn in der Tat für die Naturalobligationen behauptet [1]). Allein bei den Gebilden des römischen Rechts war, soweit sie überhaupt rechtlicher Natur waren, stets eine, wenn auch unvollkommene Haftung vorhanden [2]). Die modernen Naturalobligationen vollends sind überhaupt keine rechtlichen Verpflichtungen, was zudem im Gesetz selbst (cf. §§ 656, 762 BGB.) ausdrücklich ausgesprochen wird. Der Ausschluß der condictio indebiti braucht durchaus noch nicht das Vorhandensein einer Leistungspflicht darzutun [3]); findet er sich doch auch in Fällen, wo eine solche unzweifelhaft nicht vorliegt, z. B. in den §§ 814, 815, 817 Satz 2 BGB. Was die einzelnen Fälle anlangt, die man hierhin rechnet, so hat das Gesetz absichtlich davon abgesehen, die sittlichen Pflichten zu Rechtspflichten zu erheben, gerade deshalb, weil sie sich infolge ihrer Unbestimmtheit schwer fassen und rechtlich rechtlich abgrenzen lassen. Die Spiel- und Wettschulden und der Ehemäklerlohn mögen zwar gesellschaftliche Verpflichtungen sein. Allein der Rechtsstaat mißbilligt sie, und seine Abhängigkeit von der gesellschaftlichen Moral ist doch nicht so stark, daß er sich ihr auch gegen seine bessere Ueberzeugung fügen und etwas rechtlich anerkennen müßte, das er verwirft.

---

1) Isay in JheringsJ. 48 S. 187 ff., 191; Bekker in JheringsJ. 49, 51 ff.; v. Schwind, a. a. O. S. 138 ff.

2) Cf. Brinz, Pandekten 2 S. 15, 48, und in den Göttinger Gelehrten Anzeigen S. 523.

3) Cf. Siber in JheringsJ. 50 S. 64 ff., 72 ff.; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 13 (Anm. 22).

Wenn erst einmal das Gesetz Rechtspflichten aufstellt, so wird es auch bestrebt sein, für den Fall der Nichtbefolgung Vorkehrungen zu treffen, damit es nicht lediglich auf den guten Willen des Schuldners angewiesen ist[4]). Jede privatrechtliche Pflicht ist daher mit irgendeinem Zwangsapparat ausgestattet. Begrifflich freilich muß der Zwang vom Recht getrennt werden, und zwar schon deshalb, weil der Zwang bei den einzelnen Pflichten verschieden gestaltet ist.

Ist nun in der Schuld die Rechtsnorm in den Dienst des Gläubigers gestellt, so muß diesem auch die Geltendmachung der Zwangsmittel überlassen sein, es muß ihm also eine Zwangsmacht oder ein Zwangsrecht eingeräumt sein. In erster Linie bezweckt dieses, durch die Androhung von Rechtsnachteilen einen Druck auf den Willen des Schuldners auszuüben, diesen zur Leistung anzuhalten, und eventuell durch die Ausführung der Drohung den Ungehorsam zu bestrafen. Hinzu tritt eine zweite Aufgabe, die gerade im modernen Recht weitergehende Berücksichtigung gefunden hat, als im alten Recht, und vorzugsweise die moderne Ausgestaltung der Haftung bestimmt hat. Sie soll dem Gläubiger Genugtuung und Ersatz verschaffen; sie soll den mit der Schuld bezweckten Erfolg nötigenfalls auch gegen den Willen des Schuldners herbeiführen[5]). Vor allem Brinz hat diese Bestimmung zur Satisfaktion, zur moralischen, wie zur wirtschaftlichen, die pönale und die persekutorische Funktion, die Aufgabe, den Rachetrieb zu befriedigen und den Gläubiger schadlos zu halten, betont[6]). Im modernen Recht ist die pönale Funktion zurück-

4) Cf. auch Hartmann, a. a. O. S. 118; Brinz im ArchCivPrax. 70, 388 f.

5) Cf. v. Amira, a. a. O. 1, 32 ff.; Puntschart, Schuldvertrag S. 107 ff., Grundschuldbegriff S. 13 ff.; v. Schwind, a. a. O. S. 167 ff.

6) Brinz, Pandekten 2, 1 ff., insbes. 9 ff., und in Grünhuts Z. 1, 16 ff.

gedrängt. Das Recht legt das Hauptgewicht darauf, dem Gläubiger für die unterbliebene Leistung einen gleichwertigen Ersatz zu verschaffen. Zahlt der Schuldner nicht freiwillig, so darf sich der Gläubiger das Geld holen, nötigenfalls nach Versilberung verwertbarer Vermögensstücke. Gibt jener die geschuldeten Sachen nicht gutwillig heraus, so darf dieser sie sich wegnehmen. Gibt jener die verlangte Willenserklärung nicht selbst ab, so kann dieser durch Erwirkung des Urteiles und eventuell der Vollstreckungsklausel die gleichen Wirkungen herbeiführen, wie wenn die Erklärung abgegeben wäre. Während das ältere, namentlich das römische Recht den Gläubiger für die Nichtleistung im wesentlichen nur durch Geld entschädigte, ist das moderne Recht bestrebt, durch eine verfeinerte Ausgestaltung des Vollstreckungsrechts den erstrebten Erfolg selbst herbeizuführen und sich so dem individuellen Schuldinhalt anzupassen. Dadurch aber hat nicht etwa die Haftung an Bedeutung zugunsten der Schuld verloren, sie ist nur vervollkommnet und dadurch ihr Ergebnis dem der Schuldleistung angenähert worden. Darunter darf freilich der begriffliche Gegensatz nicht verkannt werden, dort ist der Erfolg durch eine Handlung des Schuldners, hier durch die Tätigkeit des Gläubigers bezw. durch die Mitwirkung der Prozeß- und Vollstreckungsorgane herbeigeführt worden.

Die Totalität der dem Gläubiger verliehenen Befugnisse tritt erst in Erscheinung, wenn die Leistung ausbleibt. Vorher beschränken sie sich im wesentlichen darauf, den Eintritt der vollen Rechtsverwirklichung zu sichern, bereits jetzt eine feste Rechtsposition zu schaffen, die nicht mehr verkümmert werden kann, aber im wesentlichen hauptsächlich im Hinblick auf die künftige Rechtsdurchführung [7]. Gleichwohl darf man dieses

---

7) Cf. v. **Schwind**, a. a. O. S. 167, 197.

Rechtsverhältnis nicht als bedingt charakterisieren. Von vornherein vielmehr ist das Rechtsobjekt in eigentümlicher Weise verstrickt, es hat bereits jetzt die Bestimmung, für den Fall der Nichterfüllung der Schuld einzustehen, Gewähr zu leisten [8]), und kann diese Bestimmung nicht mehr von sich abschütteln. Es besteht eine „bestimmt begrenzte rechtliche Freiheitsbeschränkung" [9]), „eine Gebundenheit zum Zweck der möglichen Realisierung" [10]) oder, um mit Brinz [11]) zu reden, eine Bindung, die, wenn die Leistung, die sie sichern soll, eintritt, gelöst, im entgegengesetzten Fall aber straffer angezogen wird.

Diese Haftung ist eine privatrechtliche Willensherrschaft, eine rechtlich geschützte Zugriffsmacht auf das verhaftete Objekt; geltend gemacht wird sie in der Regel durch Klage und Zwangsvollstreckung. Allerdings ist hierbei der Gläubiger insofern beschränkt, als er an die Mitwirkung öffentlicher Organe gebunden ist. Am schärfsten tritt dies bei der Immobiliarvollstreckung hervor, die unter Leitung und Anordnung des Gerichts erfolgt, das hierbei nicht nur die Interessen des Gläubigers allein, sondern die aller Beteiligten wahrzunehmen hat [12]). Hierauf gestützt, leugnet insbesondere Sohm [13]), daß das Recht, zu klagen und die Vollstreckung zu betreiben, einen Bestandteil des Privatrechts bilde; er meint, in Klage und Zwangsvollstreckung komme nicht eine privatrechtliche Macht des Gläubigers zur Geltung, da dieser nicht die Befugnis habe, selbst zu handeln, sondern lediglich die überlegene Energie des öffentlichen Rechts. Diese Ansicht, daß bei der Klage nicht

8) Puntschart, Grundschuldbegriff S. 13.

9) So Scheurl in KrVJSchr. Bd. 2 S. 436 und Bd. 18 S. 497.

10) v. Schwind S. 198 ff.

11) So Brinz, Pandekten 2, 840 für das Pfandrecht.

12) Cf. Dernburg, Das Pfandrecht 2, 259 ff.

13) Sohm in GrünhutsZ. 4, 457 ff. für die Obligation, in GrünhutsZ. 5, 1 ff. für die moderne Hypothek.

dem Gläubiger, sondern nur dem Staate eine Macht zustehe, daß jenem nur noch ein publizistischer Vollstreckungsanspruch gebühre, wird vertreten auch von v. Meibom, Fitting, Pflüger und Geib[14]). Allein das Tätigwerden der Prozeß- und Vollstreckungsorgane bedeutet noch keine Aufhebung, sondern höchstens eine Abschwächung der privatrechtlichen Macht; es betrifft nur die Form der Geltendmachung. Immer bleibt der Gläubiger der Herr des Verfahrens, da er es in Gang setzt und jederzeit wieder sistieren kann, und schließlich soll doch jene Mitwirkung nicht bloß dem Betroffenen und den übrigen Beteiligten gegen ein ungerechtes und rigoroses Verfahren des Gläubigers Schutz gewähren, sondern auch diesen selbst gegen den widerstrebenden Willen des Schuldners möglichst sichern. Die überwiegende Meinung[15]) erkennt dies denn auch für die Grundpfandrechte an; daß sie durch Klage und Zwangsvollstreckung geltend zu machen sind, hindert nicht ihre Anerkennung als dinglicher Rechte, also privatrechtlicher Willensherrschaften. Dann aber muß das gleiche auch für die Obligationen gelten. Unterscheidet sich doch die Immobiliarvollstreckung, was die Art ihrer Durchführung anlangt, in nichts, wenn sie wegen persönlicher Forderungen oder wegen der Hypothekenansprüche vorgenommen wird. Nicht befremden darf es, daß die Rechtsnormen, welche die Bestellung, die Zuständigkeit und die Tätig-

14) v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 35 für die Hypothek; Fitting, Korrealobligationen S. 30 für die Obligation; Pflüger im ArchCivPrax. 81, 292 ff. für die Grundschulden und Reallasten; Geib im ArchCivPrax. 97, 164 ff. für die moderne Haftung.

15) Cf. Thon, Rechtsnorm S. 242 ff.; Lenel, Exzeptionen S. 7; Staub im ArchBürgR. 5, 33 f.; Stobbe-Lehmann Bd. 2 S. 172 f.; Roth, Deutsches Privatrecht 3, 638 f.; Unger, Oesterreichisches Privatrecht § 61 S. 530 (Anm. 75); Gierke Bd. 2 S. 851 ff.; v. Schwind, a. a. O. S. 194 ff.; Dernburg, Bürgerl. Recht 3, 838 ff.; O. Fischer, Recht und Rechtsschutz in Bekker und Fischers Beitr. 6, 48 ff.; Siber in JheringsJ. 50, 144 ff.

keit der Prozeß- und Vollstreckungsorgane regeln, dem öffentlichen Recht angehören. Nicht die Normen selbst sind dann in den Dienst der Privaten gestellt, sondern die Organe, oder doch wenigstens ihre Tätigkeit. Privatrechte sind es, in deren Interesse sie vom Staate bestellt sind, in deren Interesse sie tätig werden, und die den Rechtfertigungsgrund für ihr Eingreifen bilden. Daß der Schuldner ihr Handeln sich zunächst gefallen lassen muß, mag aus seinem Unterworfensein unter die Staatsgewalt folgen. Aber dies ist nur formell. Materiell bietet ihm das Recht genügende Rechtsbehelfe, um jene Eingriffe abzuwehren oder rückgängig zu machen, falls sie nämlich nicht durch ein dahinter stehendes Privatrecht gerechtfertigt sind. Dieses also veranlaßt nicht nur das Eingreifen der öffentlichen Organe, sondern schneidet zugleich dem Schuldner die Möglichkeit ab, es von sich abzuwenden; auf das Privatrecht also ist es in letzter Linie zurückzuführen, daß der Schuldner jene Eingriffe sich für die Dauer gefallen lassen muß. Immer bleibt dem Gläubiger ein bestimmender Einfluß auf das Verfahren vorbehalten. Von ihm geht die Initiative aus, er kann in gewissen Grenzen die Art der Durchführung bestimmen, z. B. ob er bewegliche Sachen pfänden, oder ob er ein Grundstück versteigern oder zur Zwangsverwaltung bringen lassen, ob er sich an andere Vermögensrechte halten will, eventuell an welche. Ja, bei der Personalvollstreckung ist dieses Bestimmungsrecht viel weitgehender als bei den Grundpfandrechten. Zweifellos wäre es ein privates Recht, wenn das Gesetz, wie in alter Zeit, dem Gläubiger gestatten würde, selbst zum Schuldner zu gehen und hier Sachen zu seiner Befriedigung wegzunehmen und für sich zu verwenden. An der Natur dieses Rechts würde nichts geändert, wenn das Gesetz dem Gläubiger ein genau bestimmtes Verfahren vorschreibt, um Willkür vorzubeugen und übermäßige Bedrückung des Schuldners zu verhindern. Sollte

es nun einen wesentlichen Unterschied bedingen, wenn das Recht anordnet, er dürfe nicht selbst zum Schuldner gehen, sondern müsse sich einer Vertrauensperson, sei es nun einer für diesen Zweck ausgewählten Privatperson, sei es eines ein für allemal bestimmten Beamten bedienen? Sollte nicht vielmehr gar mancher Gläubiger diese Regelung vorziehen, sei es aus Bequemlichkeit, sei es aus Furcht vor dem Widerstande des böswilligen Schuldners, sollte er also jene Mitwirkung, statt als Hemmung, nicht vielmehr als willkommene Unterstützung, als eine Verstärkung seines privaten Rechts betrachten?

Nichts hindert uns also, die Haftung nicht nur bei den Grundpfandrechten, sondern auch bei den Obligationen als eine privatrechtliche Willensmacht und als ihren Ausfluß die Klage und Zwangsvollstreckung aufzufassen. Dann aber muß das Recht auf Klage und Vollstreckung durch das Privatrecht gewährt sein, wenn freilich auch die Durchführung des Verfahrens um der Stellung der öffentlichen Organe willen im öffentlichen Recht geregelt wird. Dies kommt auch im Gesetz selbst zum Ausdruck. So sehr das BGB. auch bemüht war, alles, was an Klage und Vollstreckung erinnerte, dem Prozeßrecht vorzubehalten, für die Pfandrechte tritt in den §§ 1147, 1233, 1268, 1277 BGB. die Natur des Klag- und Vollstreckungsrechts deutlich hervor. Bei den Obligationen fehlt die entsprechende Bestimmung nur, weil es hier selbstverständlich ist, daß der Gläubiger nötigenfalls klagen und Vollstreckung betreiben kann. In § 1297, wo für den primären Anspruch eine Ausnahme gemacht wird, ist dies besonders gesagt. Die Ansicht, daß § 1297 keine Rechtspflicht begründe, ist abzulehnen[16]; wird doch der grundlose Rücktritt als Treubruch rechtlich behandelt.

16) A. M. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 124.

Einen Abschnitt der Haftungsrealisierung bildet bereits der Prozeß. Er ist die Einleitung des Zwangsverfahrens und des Zugriffes des Gläubigers. Prozeß und Vollstreckung gehören zusammen. Jener ist das Durchgangsstadium zu dieser. In der Hauptsache bedeutet es eine Erschwerung und vor allem eine Verzögerung des Zugriffes, daß der Gläubiger erst klagen muß, statt, wie beim Sachpfandrecht, sofort seine Befriedigung zu suchen. Dieses Erfordernis, daß zunächst der Haftungsanspruch gerichtlich festgestellt wird, rechtfertigt sich durch die Tragweite des Eingriffes; hat doch auch der Gläubiger in zweifelhaften Fällen selbst ein Interesse daran, die Gefahr, bei unberechtigter Durchführung der Haftung ersatzpflichtig zu werden, zu vermeiden. Immerhin beschränkt sich die Aufgabe des Prozesses nicht darauf, lediglich eine erschwerende Voraussetzung für die eigentliche Geltendmachung des Zugriffes darzustellen. Es bedeutet zugleich eine Verstärkung des Zwanges, daß die Leistungspflicht durch das Gericht sanktioniert wird, daß ferner die Zwangsvollstreckung in drohende Nähe gerückt wird, und vor allem, daß an den Prozeß rechtliche Nachteile in Form der Prozeßzinsen, der Steigerung der Haftung und insbesondere der Prozeßkosten geknüpft sind. Der Prozeß erscheint mithin als rechtliches Uebel. Und schließlich im Falle des § 894 ZPO., wo das Urteil unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers herbeiführt, stellt sich die Erwirkung des Urteils und damit die Durchführung des Prozesses als Zugriff selbst dar. Der Prozeß bildet jedoch keinen notwendigen Bestandteil der Haftung. Diese erfordert nicht etwa begrifflich eine bestimmte Form, in der sie sich zu vollziehen hätte. Ist doch bei der Geltendmachung des Fährnispfandrechts Klage und Zwangsvollstreckung überhaupt entbehrlich. Demgemäß hat das Gesetz im § 794 ZPO. für gewisse Fälle die Zwangsvollstreckung zugelassen, ohne daß ein Prozeß vorausgegangen wäre.

Wenn freilich hier der Gläubiger die Nachteile des Prozesses, insbesondere die Verzögerung der Haftungsrealisierung vermeidet, so büßt er andererseits die Vorteile des Prozesses, namentlich die im § 894 dem Urteil beigelegte Vollstreckungswirkung ein.

Der an den Prozeß geknüpften rechtlichen Folgen beruhen auf dem Gedanken, der Gläubiger solle dadurch, daß die Durchführung der Haftung an die Mitwirkung öffentlicher Organe gebunden ist und dadurch verzögert wird, keinen Schaden erleiden, sondern so gestellt werden, als ob der Erfolg der Haftung bereits bei ihrem Beginn eingetreten sei. Die Prozeßzinsen und -kosten erweitern demgemäß die Haftung, und zugleich, da diese sich begriffsnotwendig an eine Schuld anlehnen muß, die dieser Haftung zugrunde liegende Schuld. Dieses ist, bei Grundpfandrechten, falls die dingliche Klage angestrengt wird, nur die Pfandschuld, falls die persönliche Klage erhoben ist, nur die persönliche Schuld. Entsprechendes gilt für sonstige Kosten der Rechtsverfolgung,, beispielsweise, die durch Teilnahme an einem Konkurse oder einer Immobiliarvollstreckung entstanden sind. Die Kosten, die durch die Rechtsverfolgung gegen einen Bürgen oder in eine verpfändete bewegliche Sache veranlaßt sind, vermehren daher die Hauptschuld und damit auch die Haftung des Hauptschuldners wie sämtlicher übrigen Bürgen und Pfänder. Anders bei den Grundpfandrechten. Hier haftet das Grundstück nur für die Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung, wie auch aus § 1117 BGB. erhellt, und ebenso der persönliche Schuldner nur für die der persönlichen Klage und der Personalvollstreckung [17]). Diese Regelung ist schon deshalb unentbehrlich, weil ja jedes Schuldverhältnis zu verschiedener Zeit fällig werden kann, und folgt auch aus § 425 BGB. Diesem Prinzip zufolge erweitern die Kosten der dinglichen Klage und der sonstigen Rechtsverfolgung bei den Grundpfand-

17) So auch Turnau-Förster S. 617; Fuchs, Erl. 3 § 1118.

rechten und Reallasten zwar die Grundstückshaftung, begründen aber keine persönliche Haftung. Nun wird allerdings die Ansicht vertreten, daß eine persönliche Leistungspflicht aus § 91 ZPO. folge[18]). In der Tat ist § 91 auch für die dingliche Klage anwendbar, und demgemäß sind hier die Prozeßkosten stets dem Verurteilten zur Last zu legen, und zwar auch dann, wenn er den Klageanspruch sofort anerkennt. Die Ansicht Plancks[19]), daß hier § 93 ZPO. zutreffe, ist abzulehnen. Denn § 93 beschränkt sich auf die Fälle, wo die Klage überflüssig gewesen wäre[20]). Der Gläubiger braucht auch nicht erst den Eigentümer um Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 ZPO. anzugehen, um so den Prozeß möglichst zu verhindern. Sache des Eigentümers ist es vielmehr, wenn er den Prozeß entbehrlich machen will, daß er freiwillig eine solche Urkunde anbietet, und zwar in der Form, daß in ihr die Vollstreckbarkeit auch auf die Beurkundungskosten ausgedehnt wird. Schlägt der Gläubiger diese Urkunde aus und klagt er, dann und zwar nur dann dürften die Voraussetzungen des § 93 ZPO. gegeben sein. Hiervon abgesehen, fallen die Prozeßkosten dem Beklagten zur Last, und das gleiche gilt nach § 788 ZPO. von den Vollstreckungskosten. Allein die §§ 91, 788 ZPO. begründen keinen persönlichen Erstattungsanspruch; sie besagen nichts über den Umfang der Haftung. Dieser richtet sich vielmehr nach dem eingeklagten Hauptanspruche. Haften doch auch ein Konkursverwalter oder ein Pfleger, wenn sie Prozeßpartei sind, für die Kosten nur beschränkt, nämlich

---

18) So von Fischer-Schäfer, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 393; Oberneck S. 932 f.; Berg in GruchotsBeitr. 48, 774.

19) Planck, Erl. 2d § 1147; ähnlich Fuchs in SeuffertsBl. 1906 S. 398.

20) So auch Biermann Erl. 4 § 1147; OLGRspr. 3, 118 f.; Sächs. OLG. 25, 455.

nur mit der Masse bezw. dem Pflegschaftsvermögen, und das gleiche muß auch für den Erben, der sich die Beschränkung seiner Haftung vorbehalten hat, angenommen werden. Ist das Grundstück herrenlos und ist gemäß §§ 58, 787 ZPO. für das Befriedigungsverfahren ein Vertreter bestellt, so haftet für die Kosten zweifellos nur das Grundstück; eine persönliche Haftung ist hier nicht denkbar. Weshalb sollte der Gläubiger für die Kosten dann eine größere Sicherheit erhalten, wenn ein Eigentümer vorhanden ist? Ferner gestattet § 1148 BGB., die dingliche Klage gegen den bloßen Bucheigentümer zu richten. Gerechtfertigt ist dies, wenn dies für den Belangten kein Risiko bedeutet, vielmehr für die Kosten lediglich das Grundstück haftet. Dagegen könnte es für ihn unter Umständen eine große Härte darstellen, wenn seine Passivlegitimation die Folge hätte, daß er nunmehr für sämtliche Kosten persönlich aufzukommen hätte; denkbar ist doch der Fall, daß er ohne jedes Verschulden ist, daß er vielleicht gar nicht wußte, daß er als Eigentümer eingetragen ist und nun auf einmal mit der dinglichen Klage überrascht wird. Schließlich möglich sind auch sonstige Kosten der Rechtsverfolgung, die nicht unter §§ 91 bezw. 788 ZPO. fallen, z. B. diejenigen, die durch die Teilnahme an der von einem anderen eingeleiteten Immobilarvollstreckung bedingt sind. Da für diese nirgends ein persönlicher Erstattungsanspruch des Eigentümers vorgeschrieben ist, kann nur das Grundstück haften. Sollte es aber gerechtfertigt sein, die Kosten der Rechtsverfolgung verschieden zu behandeln, wenn der Gläubiger selbst die Vollstreckung betreibt, oder wenn dies ein anderer tut?

Es dürfte daher der auch von Biermann und Hellwig vertretenen Ansicht[21]) der Vorzug zu geben sein, daß für die

21) Biermann, Erl. 4 § 1147; Hellwig, a. a. O. S. 360 ff.

Kosten der dinglichen Klage nur das Grundstück haftet. Dies gilt freilich nur dann, wenn er sich rein passiv verhält und sich die Durchführung des gläubigerischen Rechts gefallen läßt. Dagegen macht er sich, wie auch Hellwig annimmt, dann persönlich haftbar, wenn er durch sein Bestreiten dem Haftungsbegehren des Gläubigers widerspricht und sich so der Verwirklichung dessen Rechts widersetzt, genau so wie er auch die Kosten eines Feststellungsprozesses persönlich zu tragen hätte. Daß für die Kosten der Leistungsklage daneben auch das Grundstück haftet, ergibt sich aus § 1118 BGB. Der Eigentümer vermeidet also stets die persönliche Kostenlast, wenn er die Geltendmachung des Pfandrechts sich ruhig gefallen läßt. Zu einer positiven Handlung, sei es auch nur zu einer Erklärung, ist er nicht verpflichtet; er braucht nicht durch besondere Anstalten, also auch nicht durch Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde zur Beschleunigung des normalen Verfahrens beizutragen. Es genügt, daß er dem Verfahren keine Schwierigkeiten in den Weg legt. Freilich ist er berechtigt, das Verfahren durch Ausstellung einer Urkunde zu verbilligen und abzukürzen; es wäre reine Schikane, wenn der Gläubiger hierauf nicht einginge. Es ist dies eine Abweichung vom normalen Verfahren, die der Gläubiger annehmen muß, auf die er jedoch andererseits nicht zu rechnen braucht.

§ 4.

Personenhaftung [1]).

Eine Verhaftung der Person und damit ein Recht an der Person ist auch heute in der Obligation zu erblicken. Das älteste römische und deutsche Recht kannten eine Verhaftung

---

1) Cf. Puntschart, Schuldvertrag S. 185 ff. über die Entwickelung der Personenhaftung aus der Geiselschaft (Leipzig 1908).

der Person in ihrer Totalität; Leben, Körper, Freiheit, Ehre, Hab und Gut konnten dem Gläubiger verfangen sein[2]). Im heutigen Recht beschränken sich die Machtbefugnisse des Gläubigers in der Regel darauf, daß er auf das Vermögen des Schuldners zwecks seiner Befriedigung greifen kann. Nur ausnahmsweise muß auch die Freiheit herhalten (§§ 888, 890, 901 ZPO.). Allein dies bedeutet nicht, daß heute statt der Person[3]) oder doch neben ihr[4]) das Vermögen als ein von der Person gesonderter Begriff verhaftet wäre. Schon theoretische Bedenken stehen entgegen. Im Regelfall läßt sich das Vermögen nicht von der Persönlichkeit trennen, die in seinem Mittelpunkt steht und ihm das Leben gibt. Die Persönlichkeit ist es, die das Vermögen schafft, zusammenhält; erst durch sie kommt die Einheit in die verschiedenartigen koordinierten Gegenstände und Rechte. Das Sondervermögen gewinnt seine Selbständigkeit durch das Eingreifen einer fremden Persönlichkeit. Man denke an das Frauengut; die Frau ist Inhaberin, der Ehemann Verwalter des Eingebrachten. Hier sind es gleichsam 2 Pole, die ihren bestimmenden Einfluß auf die Gestaltung des Vermögens äußern. Dieses Nebeneinanderstehen zweier Persönlichkeiten gibt dem Sondervermögen seine Eigenart und seine Selbständigkeit. Auf die Obligation läßt sich dies nicht übertragen. Vom Gläubiger geht kein belebender Einfluß aus, der den Vermögen seinen Stempel aufdrücken würde; nur für den

---

2) Cf. Niebuhr, Römische Geschichte 1^4 S. 597 ff.; Brinz in GrünhutsZ. 1 S. 19 ff., 27; v. Amira Bd. 1 S. 160 ff.; Mommsen im 3. Bande der Abh. der kgl. sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften S. 471.

3) A. M. Schott, Der obligatorische Vertrag S. 53 ff.; Rümelin im ArchCivPrax. 68, 151 ff.; Isay in IheringsJ. 48, 199 ff.

4) A. M. Bekker, Aktionen 2, 125 ff.; Bekker in KrVJSchr. 15, 547 ff.; Bekker in IheringsJ. 12, 70; auch Brinz in GrünhutsZ. 1, 17 ff. und im ArchCivPrax. 70, 372 ff. läßt das Vermögen wenigstens als Pertinenz der Person haften.

Konkurs gilt eine Ausnahme. Vom Sondervermögen abgesehen, kennt das Gesetz kein einheitliches Recht an dem ganzen Vermögen. Es spricht zwar vom Nießbrauch an einem Vermögen, allein dieser ist in Wirklichkeit nichts anderes als die Summe der Nießbrauchrechte an den einzelnen Gegenständen (§ 1085 BGB.), zusammengehalten durch einzelne Sonderbestimmungen. Daß nicht etwa in der Obligation eine Summe von Haftungsrechten an den einzelnen Vermögensgegenständen gesehen werden kann, leuchtet ohne weiteres ein. Auf diese hat der Gläubiger keinen Einfluß. Die Fähigkeit des Verhafteten, über sie zu verfügen, wird nicht beeinträchtigt. Die veräußerten Gegenstände werden dem Zugriff des Gläubigers entzogen; die neu erworbenen treten in die Haftung ein, und zwar nicht etwa bloß dann, wenn sie Surrogate für ausgeschiedene Gegenstände darstellen, sondern auch bei Erwerb durch Erbschaft oder Schenkung. Nur als vereinzelte Ausnahme ist es zu betrachten, wenn das moderne Recht in einzelnen Fällen vermögensrechtliche Verfügungen des Schuldners nicht gegen den Gläubiger wirken läßt. Die Zwangsvollstreckung erfaßt die Vermögensstücke nicht, weil sie selbst verhaftet wären, sondern weil und solange sie dem Verhafteten gehören[5]); sie ist, um mit Brinz[6]) zu reden, nichts anderes als die Losreißung des Vermögens von der Person. Die obligatorische Klage hat eine persönliche Richtung. § 894 ZPO. erstreckt sich auch auf Willenserklärungen, die sich nicht auf bestimmte, im gegenwärtigen Vermögen vorhandene Gegenstände zu beziehen brauchen, z. B. auf Erklärungen, welche die Eingehung einer Schuldverbindlichkeit bedeuten, auf die Zustimmung

5) Cf. Brinz im ArchCivPrax. 70, 372 ff.; P. Puntschart, Schuldvertrag S. 199; Grundschuld S. 14; v. Schwind S. 162.

6) Brinz in GrünhutsZ. 1 S. 18, 26; Pandekten 2, 4 ff.; in den Göttinger Gelehrten Anzeigen 2, 529; im ArchCivPrax. 70 S. 374, 399.

zur Benutzung des Namens 2c. Die Zwangsvollstreckung in den §§ 888—892 ZPO. hat einen ausgesprochen persönlichen Charakter. Die Person selbst ist also verhaftet, und zwar in der Regel in ihrer Eigenschaft als Trägerin der Vermögensrechte, in der Gesamtheit ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen. „Ihre Vermögensherrlichkeit, der Herrschaftskreis, den sie auf dem Vermögensgebiet einnimmt“ [7]), die vermögensrechtliche Persönlichkeit, „die Person in ihrer wirtschaftlichen Kraft“ [8]) ist dem Zugriff ausgesetzt. Es liegt kein Anlaß vor, mit Neuner [9]) die Vermögensfähigkeit als Eigenschaft der Person von dieser zu abstrahieren und zum selbständigen Rechtsobjekt zu erheben. Dies ist begrifflich unmöglich, weil die der Person anhaftende Eigenschaft nicht von ihr getrennt werden kann. Rechtsobjekt ist vielmehr die Person in ihrer Totalität. Der Satz, daß sich der Gläubiger in der Regel lediglich an das Vermögen halten kann, bedeutet eine Einschränkung nur des Inhalts, aber nicht des Gegenstandes der Haftung. Nur wenn die verhaftete Person wegfällt, kann die Personenhaftung zu reiner Vermögenshaftung erstarren, z. B. beim Erbfall.

Die Durchführung der Haftung erfolgt durch Zwangsvollstreckung, der in der Regel Klage und Urteil vorauszugehen haben, und außergerichtlich durch Aufrechnung.

Haften kann der Schuldner oder ein Dritter. Im heutigen Recht ist abweichend vom altdeutschen Recht, wo die persönliche Haftung durch einen besonderen Formalakt, „das Treugelöbnis“, übernommen werden mußte [10]), der Schuldner grundsätzlich auch persönlich obligiert. Eine Ausnahme bildet die

7) v. Schwind, a. a. O. S. 130.

8) Puntschart, Schuldvertrag S. 198.

9) Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 90 ff.

10) Cf. Puntschart, Schuldvertrag, insbes. S. 288 ff., 375 ff., 400; Rintelen, Schuldhaft und Einlager im Vollstreckungsverfahren S. 153 ff.

Anweisung, insbesondere der gezogene, aber noch nicht akzeptierte Wechsel. Hier darf nicht bloß der Bezogene zahlen, er soll sogar zahlen, und zwar dem Wechselgläubiger gegenüber; ob er im Innenverhältnis zum Aussteller zur Zahlung verpflichtet ist, ist für die Struktur des Wechsels unerheblich. Allerdings kann er, wenn er nicht akzeptiert hat, nicht belangt werden, er schuldet also zwar, haftet aber nicht. Wollte man ihn zur Leistung bloß für ermächtigt oder befugt erachten, so würde er sich durch nichts von jedem Dritten unterscheiden, dem § 267 BGB. bei jeder Obligation das gleiche Recht gibt. Irgendwelche Rechte, insbesondere ein Rückgriffsrecht, braucht er lediglich auf Grund der wechselmäßigen Anweisung nicht zu erwerben. Er schuldet vielmehr die Leistung; Zahlungsort, Mahnung, Kündigung (Präsentation des Nachsichtwechsels) bestimmen sich nach seiner Person. Dafür nun, daß er das tut, was von ihm erwartet und verlangt wird, stehen der Aussteller und die Indossanten persönlich ein, und auch der Bezogene kann durch das Akzept eine persönliche Haftung übernehmen.

Für eine fremde Schuld haftet der Bürge. Daß er nach altgermanischer Rechtsauffassung nur Haftungsobjekt war, ohne selbst zu schulden, haben Amira und Puntschart dargetan [11]). Und diese Anschauung darf auch noch für das heutige Recht Geltung beanspruchen [12]). „Noch heute sieht man in dem Bürgen wie ehedem eine Person, die für eine Schuld einstehen soll, insofern ist er auch in der heutigen Vorstellung ein Seitenstück des Pfandes“ [13]). Gerade in bezug auf ihn werden auch heute die Ausdrücke „haften“ und „einstehen“ mit besonderer

---

11) Amira Bd. 1 S. 181 ff., 693 ff., Bd. 2 S. 840 ff.; Puntschart, a. a. O. S. 174 ff.

12) A. M. Brinz, Pandekten 2, 20 ff., und in den Göttinger Gelehrten Anzeigen 2, 521; Siber in JheringsJ. 50 S. 106 ff., 164 gegen Brinz Amira Bd. 2 S. 72 ff.

13) Puntschart, Schuldvertrag S. 142; Grundschuldbegriff S. 23.

Vorliebe gebraucht. Unzutreffend ist es, daß er die Verpflichtung des Hauptschuldners als eigene übernehme. Wie Isay [14]) hervorhebt, kann er dies dann gar nicht, wenn die Leistung vom Hauptschuldner in Person zu bewirken ist, vor allem also bei Duldungen und Unterlassungen. Inhalt und Umfang der Schuld bestimmen sich lediglich nach der Person des Hauptschuldners; bei diesem müssen Kündigung, Mahnung, Verschulden, Verzug, Unmöglichkeit eintreten, um auch für und gegen den Bürgen zu wirken. Es ist daher ausgeschlossen, daß er für etwas hafte, für das nicht auch der Schuldner aufzukommen hätte. Umgekehrt ist es freilich möglich, daß seine Haftung vertragsmäßig eingeschränkt wird, so daß sie hinter der Schuld zurückbleibt. Kann doch eine entsprechende Vereinbarung auch für das Fahrnispfand getroffen werden, das unzweifelhaft nur Haftung ist. Zahlungszeit und -ort der Hauptschuld gelten daher auch für die Bürgschaft; freilich kann dem Bürgen das Recht eingeräumt werden, auch zu einer anderen Zeit oder an einem anderen Ort zu leisten; doch kann er hierzu nicht verpflichtet werden. Der Verzug des Hauptschuldners steigert die Schuld und damit auch die Haftung des Bürgen, während dieser nicht selbständig in Verzug geraten kann. Wird dem Hauptschuldner die Leistung ohne Verschulden unmöglich, so wird auch der Bürge frei, selbst wenn er zur Leistung imstande sein sollte oder die Unmöglichkeit zu vertreten hätte [15]). Ist aber umgekehrt dem Hauptschuldner die Leistung möglich, oder hat dieser die Unmöglichkeit verschuldet, so bleibt der Bürge verhaftet, selbst wenn er ohne eigenes Verschulden zur Erfüllung außerstande sein sollte. Befindet sich der Leistungs-

14) Isay in IheringsI. 48, 193 ff.

15) Cf. auch D. 4, 3 fr. 19, wo gegen den Bürgen die Klage nicht ex stipulatu, sondern de dolo gegeben wird. Cf. freilich Windscheid-Kipp Bd. 2 § 477.

gegenstand im Vermögen des Bürgen, so kann ihn sich der Gläubiger unmittelbar vom Bürgen durch Naturalexekution und auf Grund des § 894 ZPO. holen. Denn Klage und Vollstreckung sind Ausfluß der Haftung; ein Unterschied zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen besteht daher nicht. Nur die Vollstreckung aus den §§ 888—892 ZPO. greift nicht gegen den Bürgen Platz, da sie voraussetzt, daß die betreffenden Handlungen bezw. Unterlassungen unmittelbar vom Vollstreckungsgegner vorzunehmen sind.

§ 5.

Sachhaftung.

Als Sachhaftungen stellen sich die Sachpfandrechte einschließlich der Reallasten dar. Sie sind dingliche Rechte. Zwar greift hier die Durchführung der Haftung, insofern die Sache einer Person gehört, in deren Eigentumsrecht und damit auch in ihr Vermögen ein. Allein dies bedeutet keine beschränkte Verhaftung der Person oder des Vermögens[1]). Lediglich die Sache bestimmt den Umfang der Haftung[2]). Es wäre auch nicht einzusehen, weshalb sonst gerade der Eigentümer haften sollte und nicht auch die nachstehenden Berechtigten, deren Rechte doch gleichfalls durch die Haftungsrealisierung betroffen werden, und wie der Eigentümer weitreichender haften sollte, als sein durch die nachstehenden Rechte eingeengtes Eigentumsrecht reicht.

Die Sachhaftung wird durchgeführt beim Fahrnispfand in der Regel durch öffentliche Versteigerung, bei den Grundpfandrechten und Reallasten durch Zwangsversteigerung,

1) A. M. die Theorie der Realobligation und Stobbe-Lehmann Bd. 2, 2 S. 164 ff., 170, 175 (Anm. 6); dagegen Amira Bd. 1 S. 190 ff.

2) So auch Puntschart, Schuldvertrag S. 203 ff.; v. Schwind, a. a. O. S. 134, 159 ff., 162.

Zwangsverwaltung und Mobiliarvollstreckung in das pfändbare Pfandzubehör. Sämtliche Realisierungsarten sind nur zulässig wegen Geldforderungen. Sie setzen daher voraus, daß die gesicherte Schuld in eine Geldschuld übergegangen ist. Für das Fahrnispfand ist dies in § 1228 Abs. 2 BGB. ausdrücklich bestimmt. Für die Reallasten folgt es aus dem System der Zivilprozeßordnung [3]); denn sie regelt die Immobiliarvollstreckung (inklusive der Bezugnahme auf das ZVG.) in einem Untertitel des 2. Abschnittes des 8. Buches, welcher die Ueberschrift „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen" aufweist. Selbständiger Zugriff auf das Pfandzubehör ist zwar in § 865 Abs. 2 ZPO. zugelassen, aber als „Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen", d. h., wie die Ueberschrift des 1. Titels des 2. Abschnittes ergibt, ebenfalls nur wegen Geldforderungen.

Versteigerung wie Verwaltung sind auf den Wert der Sache gerichtet [4]), und zwar jene auf den Tauschwert, diese auf den Nutzungswert. Sie sollen aus der Sache den Wert herausziehen und dem Gläubiger zuführen, wie etwa das Blut aus den Adern des Körpers [5]), erfassen sie also in ihrer Eigenschaft als Wertstück. Allein dies ist nur eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die keinen Einfluß auf die rechtliche Konstruktion haben darf. Wirtschaftlich aufgefaßt, bezwecken auch andere Rechte, wie Eigentum, Nießbrauch 2c., dem Berechtigten einen Vermögenswert zuzuführen [6]). Der Wert hat überhaupt

---

3) Ebenso Krech und O. Fischer, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen [4] S. 19 (Anm. 1) zu § 864 ZPO., und Siber in JheringsJ. 50, 157.

4) Sohm, Subpignus S. 109; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 25 ff., 189 f.; Bremer, Pfandrecht S. 34 ff.; Hypothek und Grundschuld S. 23 ff., 53 ff; Gierke, Deutsches Privatrecht 2, 857.

5) Ein Bild, das Exner S. 34 gebraucht.

6) Exner S. 31 ff.

keine selbständige Existenz. Er ist, wie es Exner[7]) bezeichnet, „ein ideelles Verhältnis, nämlich das Verhältnis der Sache zu den Bedürfnissen und Neigungen des Verkehrs, und hat seinen Sitz nur in dem Urteil der Menschen, die Objekte solcher Art besitzen oder zu besitzen streben". Keinesfalls läßt er sich daher, wie die verschiedenen Werttheorien wollen[8]); objektivieren und zum Rechtsgegenstand der Haftung erheben. Er entzieht sich vielmehr jeder rechtlichen Beherrschung.

Juristisch enthält die Sachhaftung das Recht, die Sache zur Veräußerung zu bringen. Sie erfaßt also die Sache in bezug auf ihre Veräußerungsfähigkeit und damit in bezug auf ihre vermögensrechtlichen Beziehungen. Ergreift die Personenhaftung vornehmlich die aktive Vermögensfähigkeit, die Fähigkeit einer Person, Vermögen zu haben, also Subjekt des vermögensrechtlichen Verkehrs zu sein, so die Sachhaftung die passive Vermögensfähigkeit, die Fähigkeit einer Sache, zu einem Vermögen zu gehören, also Objekt des vermögensrechtlichen Verkehrs zu sein. Allein hier wie dort bedeutet dies bloß eine Beschränkung des rechtlichen Inhalts des Rechts. Rechtsobjekt ist die Sache in ihrer Totalität[9]). Die Veräußerungsfähigkeit mag zwar eine rechtlich erhebliche Eigenschaft der Sache sein, kann aber nicht von ihr getrennt und verselbständigt werden.

Allerdings bedeutet das Veräußerungsrecht die Befugnis, Eigentum zu übertragen und dadurch das Eigentumsrecht des

---

7) Exner S. 33; ebenso Achilles-Strecker, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum S. 117; Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs S. 13.

8) Vergl. die bei Puntschart, Grundschuldbegriff S. 35 ff. Zitierten, insbesondere Bremer, Hypothek und Grundschuld S. 23 ff., 54 ff.; Kühnast, a. a. O. S. 48 ff., und für das heutige Recht Oberneck, Reichsgrundbuchrecht[3] 1 S. 631 ff., 644, 649 ff.; auch Kohler, Enzyklopädie S. 16 Anm. 91, S. 155 ff.

9) So auch Gierke Bd. 2 S. 857 f.

bisherigen Berechtigten zu zerstören. Allein auch hierin ist eine Bestimmung über das Schicksal der Sache selbst und damit ein Recht an der Sache zu sehen. Der Gläubiger beherrscht die Sache, nicht das Eigentumsrecht[10]). Letzteres ist schon begrifflich unmöglich. Man kann zwar an einer fremden Macht teilnehmen, sie zurückdrängen, aber nicht sie beherrschen; soweit der eine herrscht, herrscht der andere nicht mehr[11]). Sodann müßte, wenn wirklich das Veräußerungsrecht des Gläubigers eine Willensherrschaft über das Eigentum wäre, dasselbe auch von der Veräußerungsbefugnis des Eigentümers gelten. Nun aber gehört diese zum Inhalt des Eigentumsrechts oder ist doch wenigstens ein Ausfluß desselben, kann daher nicht eine Herrschaft darüber darstellen. Auch müßte dann Gegenstand des Pfandrechts nicht bloß das Eigentum, sondern auch die nachstehenden Rechte sein; werden doch auch diese durch die Veräußerung zum Untergang gebracht, und zwar unter Umständen ohne Ersatz. Auch würde sich sonst nicht der Fortbestand des Pfandrechts bei Dereliktion erklären lassen, da das Recht begrifflich nicht sein Objekt, das Eigentum überdauern könnte. Schließlich müßte, da die Zwangsverwaltungsbefugnis zweifellos auf eine Benutzung des Grundstücks hinausläuft und dieses ebenso wie der Nießbrauch unmittelbar erfaßt, das Grundstückspfandrecht in ein durch Versteigerung zu realisierendes Recht am Eigentum und ein durch Verwaltung zu verwirklichendes Recht am Grundstück zerlegt werden. Entsprechendes müßte dann auch für das Fahrnispfand gelten, wo mindestens das Besitzrecht ein Recht an der Pfandsache selbst darstellen würde.

---

10) Ebenso Exner S. 5 ff.; Gierke Bd. 2 S. 851 ff.; a. M. Pfaff in GrünhutsZ. 1, 54 ff. und die sonstigen bei Exner S. 10 Anm. 20 Zitierten.

11) Exner S. 14 ff.

In Wirklichkeit ist das Pfandrecht ein einheitliches dingliches Recht an der Sache, unabhängig davon, wem diese gehört, und ob sie überhaupt einem anderen gehört[12]).

Während die Sachhaftung des altgermanischen Rechts eine ausschließliche war[13]), neben der eine persönliche Haftung durch „Geloben zum Pfande" besonders begründet werden mußte[14]), setzt im heutigen Recht das Mobiliarpfandrecht stets und die Hypothek in der Regel eine persönliche Obligation voraus. Dagegen ist bei den Grundschulden und den Reallasten der Gedanke der reinen Sachhaftung zum Durchbruch gelangt. In einigen deutschen Staaten ist auch das Pfandrecht der Leihhäuser und Pfandverleiher als ausschließliche Sachhaftung ausgebildet[15]).

Im Gegensatz zum Fahrnispfande verlangt die Haftungsrealisierung bei den Grundpfandrechten einen vollstreckbaren Titel, normalerweise also ein Urteil, gegen den Eigentümer. Es soll dadurch eine Prüfung ermöglicht werden, ob die Voraussetzungen der vollen Haftungsverwirklichung vorliegen; es soll gleichsam die Sache außer Frieden gesetzt werden. Das Gesetz begnügt sich mit einem Titel gegen den Eigentümer, da dieser im Normalfall das größte Interesse hat, sich der Durch-

---

12) Cf. auch v. Schwind S. 199 ff.; Siber in IheringsJ. 50, 124 ff.

13) Cf. Stobbe, Zur Theorie und Geschichte des Rentenkaufes in der Z. für deutsches Recht 19, 178 ff.; Stobbe in KrVJSchr. 9, 304 ff.; Meibom in Bekker u. Muthers Jahrb. 4, 444 ff.; Stobbe-Lehmann Bd. 2, 2 S. 95, 129, 138; Roth, Deutsches Privatrecht 3 S. 483, 503, 507; Amira Bd. 1 S. 206; Bd. 2 S. 226 ff., 237 ff.; P. Puntschart, Schuldvertrag S. 232, 237 ff.; v. Schwind in IheringsJ. 33, 20 ff., und Pfandrecht S. 167 ff.; Gierke, Bd. 2 S. 758, 811, 817, 823. A. M. Demelius, Pfandrecht S. 23; zweifelnd Gerber in IheringsJ. 6, 275.

14) Puntschart, Schuldvertrag S. 463 ff.

15) Gierke Bd. 2 S. 967 (Anm. 59), 1000 (Anm. 143 u. 144).

führung der Haftung zu widersetzen und etwaige Einwendungen zur Geltung zu bringen. Bei der Zwangsverwaltung gilt das gleiche für den Eigenbesitzer, und darum reicht hier ein gegen diesen erwirkter Titel aus. Wie bereits früher ausgeführt, ist die Klage lediglich Ausfluß der Haftung. Sie richtet sich daher gegen den Eigentümer bezw. Eigenbesitzer nicht etwa in ihrer Eigenschaft als Schuldner, sondern bloß deshalb, weil sie Inhaber des von der Vollstreckung in erster Reihe betroffenen Rechts bezw. Interesses sind. Die korrekte Fassung von Klageantrag und Urteilstenor[16]) wird daher genau so wie beim Ehemanne und beim Nießbraucher auf Duldung der Zwangsvollstreckung[17]) oder auf „Feststellung der Vollstreckbarkeit des Anspruches in das Grundstück“[18]) zu lauten haben. Nahesteht auch die Tenorierung „auf Gestattung des Zwangsverkaufes bezw. der Befriedigung aus dem Grundstück[19]). Die Formulierung „auf Duldung der Vollstreckung“ verdient jedoch vor der „auf Gestattung“ den Vorzug, da vom Eigentümer nicht eine positive Gestattung, sondern nur eine negative Nichthinderung verlangt wird.

Zu formulieren wäre demnach: Der Beklagte wird verurteilt, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück X zu dulden wegen 3000 M. (Kapital der in Abt. III Nr. 1 eingetragenen Hypothek), wegen 4 Proz. Zinsen seit dem 1. Januar 1908 von den in Abt. III Nr. 1 als Grundschuld eingetragenen

---

16) Vergl. über die einzelnen Ansichten Biermann, Sachenrecht Erl. 2 § 1147.

17) Ebenso Oberneck, a. a. O. S. 932; Planck, Erl. 2a § 1147; Biermann, Erl. 2 § 1147; Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht S. 352.

18) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 3 § 236; Gierke, Bd. 2 S. 712 Anm. 41.

19) Roth, a. a. O. Bd. 3 S. 522, 625 ff.; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Erl. 4 § 1147.

3000 M., wegen der am 1. Januar 1908 fälligen 500 M. Rente der in Abt. III Nr. 1 eingetragenen Rentenschuld, wegen eines Anspruches auf Leistung von 1 Ztr. Korn, eventuell von 13 M. aus der in Abt. II Nr. 1 eingetragenen Reallast. Bei einer Verbindung der persönlichen und der dinglichen Klage würde zu tenorieren sein: Der Beklagte wird verurteilt, 3000 M. zu zahlen und wegen dieses Betrages, eingetragen auf Neudorf Bl. 1 Abt. III Nr. 1, die Zwangsvollstreckung in dieses Grundstück zu dulden. Bedenkenfrei dürfte auch die sich an den Wortlaut des Gesetzes anlehnende Formel „aus dem Grundstück zu zahlen“ [20]) sein, vorausgesetzt, daß man hierunter die Vollstreckung und die dadurch herbeigeführte Befriedigung, nicht aber etwa eine freiwillige Zahlung versteht. Diese Formel würde den Vorzug größerer Einfachheit bieten. Weniger korrekt wäre die Fassung „zu zahlen bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung“, da sie an die Auffassung einer beschränkten Personenhaftung erinnert.

§ 6.

Konnex von Schuld und Haftung.

Jede Art der Haftung ist dazu bestimmt, eine daneben stehende Schuld zu sichern und nötigenfalls ihre Erfüllung zu ersetzen. Sie besteht daher stets wegen einer Schuld, im Hinblick auf eine Schuld [1]). Es ist daher nicht möglich, daß eine Haftung bereits vorhanden ist, ehe eine Schuld entstanden ist, oder daß sie fortdauert, nachdem diese erloschen ist. Ebensowenig ist es denkbar, daß die Subjekte auseinanderfielen in

---

20) So Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 361; Gierke Bd. 2 S. 712 Anm. 41, S. 854 f.; OLGRspr. 3, 140.

1) So Amira Bd. 1 S. 40; Puntschart, Grundschuldbegriff S. 15.

der Art, daß dem einen geschuldet, dem anderen gehaftet würde. Puntschart und Isay nehmen dies zwar bezüglich des Treuhänders, z. B. des Testamentsvollstreckers an [2]). Allein dieser kann nicht bloß die Haftung geltend machen, sondern auch über die Substanz der Schuld verfügen, und wenn ihm hierin Schranken gezogen sind, vor allem bezüglich der Dauer seiner Berechtigung, so würde dies höchstens dartun, daß ihm nicht das Vollrecht, sondern nur ein begrenztes Recht zusteht.

Die Haftung steht in begrifflicher Abhängigkeit von der Schuld, sie ist zu ihr akzessorisch. Mit den Begriffen „kausal" und „abstrakt" hat dieses Verhältnis nichts zu tun. Vielmehr ist die Begründung einer Haftung als solche genau so wie die Bestellung eines dinglichen Rechts stets abstrakt [3]), soweit nicht das Kausalmoment in dem Abhängigkeitsverhältnis zur Schuld zum Ausdruck kommt. Ist allerdings die causa der Schuld und der Haftung dieselbe, so bestimmt sie die Existenz und den Inhalt auch der Haftung, aber nicht direkt, sondern durch das Medium der Schuld hindurch, z. B. wenn sich jemand persönlich für ein Darlehn verpflichtet und damit auch verhaftet, oder für diese Schuld ein Pfandrecht bestellt. Die Kausalgeschäfte für die Schuld- und Haftungsbegründung können jedoch verschieden sein, und zwar ist dies fast stets der Fall, wenn sich jemand für eine fremde Schuld verbürgt oder ein Pfand bestellt. In der Regel wird ein Kausalgeschäft zwischen ihm und dem Schuldner zugrunde liegen, z. B. Auftrag, unbeauftragte Geschäftsführung oder ein gegenseitiger Vertrag etwa in der Weise, daß die Parteien wechselseitig für des anderen Schulden bürgen sollen. Die an den Gläubiger hier erfolgende Haftungs-

2) Puntschart, Schuldvertrag S. 231; Isay in IheringsJ. 48, 195; gegen sie Siber in IheringsJ. 50, 114 ff.

3) A. M. Rümelin im ArchCivPrax. 97, 224 ff. für Pfandrecht und Bürgschaft.

bestellung ist eine Leistung an einen Dritten genau so wie z. B. eine Zahlung, die auf Veranlassung des Gläubigers sein Schuldner an einen Dritten bewirkt. Mängel der causa können hier nur unter den Parteien des Vertrags geltend gemacht werden, nicht aber dem Haftungsberechtigten gegenüber. Der Bürge, der sich sine causa verbürgt, mag sich an seinen Kontrahenten wenden und diesen um Herbeiführung seiner Befreiung angehen, darf aber nicht dem Gläubiger eine Einwendung entgegensetzen. Möglich ist auch, daß der Haftungsbegründung ein Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller und dem Gläubiger zugrunde liegt, z. B. Auftrag oder ein gegenseitiger Vertrag, durch den etwa eine Bürgschaft gegen Entgelt übernommen wird. Hier können Mängel des Kausalgeschäfts gegen den Gläubiger als den Kontrahenten geltend gemacht werden, aber stets durch actio und exceptio sine causa; wäre jedoch die Haftung kausal, so müßte die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts auch ihre eigene Nichtigkeit bedingen.

Eine ähnliche Beziehung wie zwischen Schuld und Haftung besteht bei der Hypothek zwischen der Pfandschuld des Eigentümers und der daneben stehenden persönlichen Schuld, nur daß hier die Abhängigkeit eine lockere ist. Wie die Haftung, so ist auch die Pfandschuld stets abstrakt. Mängel des der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts beeinflussen genau entsprechend den oben entwickelten Fällen Existenz und Umfang der Pfandschuld nur dann, wenn sie zugleich von Einfluß auf die persönliche Schuld sind, und stets nur mittelbar. Der Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld darf daher nicht, wie es gewöhnlich geschieht[4]), dahin

4) Z. B. von Bähr in JheringsJ. 11, 101 ff.; Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht 2 S. 255, 258; Hachenburg, Beiträge S. 32 ff.; Hachenburg, Vorträge S. 256; v. Schwind, Pfandrecht S. 127, 138; Dernburg, Bürgerl. Recht 3 S. 686, 821; Oberneck, a. a. O. S. 1007 ff.; Gierke Bd. 2 S. 910.

bestimmt werden, daß jene eine kausale, diese eine abstrakte Grundstücksbelastung darstelle [5]). Der Gegensatz ist vielmehr darin zu finden, daß die Pfandschuld bei der Grundschuld durchweg selbständig, bei der Hypothek dagegen, wenn ihr auch eine gewisse Selbständigkeit innewohnt, in der Regel von der persönlichen Obligation abhängig ist.

5) Cf. auch die Ausführungen von Fuchs Bd. 1 S. 377.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 21. April 1883 in Sagan als Sohn des Rektors Friedrich Dümchen und seiner Ehefrau Anna geb. Popp. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit. Ich besuchte zunächst die Fürstentumsschule und dann das Gymnasium in Sagan und verließ dieses Ostern 1902 mit dem Zeugnis der Reife. Hierauf studierte ich an den Universitäten Marburg, Berlin und Breslau Rechtswissenschaft.

Am 5. Juni 1905 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor der Prüfungskommission des Königl. Oberlandesgerichts in Breslau und wurde am 15. Juni 1905 als Referendar vereidigt. Zur Zeit bin ich bei dem Königl. Amtsgericht in Sagan beschäftigt.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3487

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena